137

CONFÉRENCES

DE

PHILOSOPHIE DU DROIT





PAUL CUCHE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

CONFÉRENCES
DE
PHILOSOPHIE DU DROIT

Le Mirage du Droit naturel

Les Postulats métaphysiques du Positivisme juridique

Réalisme et Conceptualisme juridiques
Critique du Concept de la Personnalité morale

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT 11
—
1928

AVANT-PROPOS

Il me paraît indispensable d'indiquer que ces conférences étaient destinées à un auditoire mixte, composé de juristes et surtout d'étudiants en philosophie désireux d'être initiés aux récentes démarches de la pensée juridique.

C'est une tentative de vulgarisation, dans un milieu très sélectionné, de quelques conceptions depuis longtemps familières aux théoriciens du Droit public général.

On me pardonnera donc de les avoir présentées avec des contours peut-être trop arrêtés et sous une forme trop condensée. Il n'était pas en mon pouvoir de prolonger l'audience que m'accordaient des esprits très entraînés, il est vrai, aux spéculations les plus abstraites mais sans formation juridique. Je devais avant tout les munir d'idées claires, faciles à classer dans leur souvenir et destinées par leur provo-

cante simplicité à devenir des ferments de réflexion.

Je n'ai pas cru devoir non plus hérisser de références et de noms propres le texte de ces conférences. Cette documentation, inutile pour les auditeurs avertis, eût été déconcertante pour ceux qui ne cherchaient qu'un premier contact avec les doctrines juridiques qui sont actuellement en conflit.

En somme mon but a été de faciliter l'accès aux problèmes les plus élevés de la Science du Droit et d'augmenter ainsi le nombre de ceux qui peuvent être portés à s'y intéresser. Il est regrettable de constater que beaucoup de juristes les ignorent. Les programmes de nos Facultés en relèguent l'étude dans un cours de Doctorat, qui n'a parfois qu'une clientèle réduite et qui d'ailleurs n'est pas professé dans toutes les Universités. Pouvons-nous espérer que l'on fasse un jour à l'histoire des doctrines juridiques une place au moins égale à celle qu'occupe l'histoire des doctrines économiques?

PREMIÈRE CONFÉRENCE

Le mirage du droit naturel

LE MIRAGE DU DROIT NATUREL

Il n'est pas contesté que, pendant de longues années, les problèmes les plus élevés de la Science du Droit n'ont pas trouvé place dans les programmes de nos Facultés. Encore à la fin du siècle dernier un juriste estimé, M. de Vareilles-Sommières, commençait ainsi la préface d'un de ses ouvrages :

« J'enseigne, disait-il, dans cet ouvrage ce qu'on ne m'a jamais enseigné : les premiers principes du Droit. »

Et il poursuivait, déplorant que de son temps — et depuis longtemps — les étudiants français fussent introduits dans l'édifice du Droit par une porte latérale, quelque chose comme une porte de service, et qu'après de longs détours ils en sortissent de la même façon, sans avoir eu à aucun moment une vue d'ensemble de cette vénérable demeure qu'ils avaient habitée pendant au moins trois ans.

Je ne sache pas qu'à l'heure actuelle la grave lacune signalée par M. de Vareilles-Sommières ait été comblée. Je doute même qu'elle puisse l'être bientôt si je m'en rapporte aux titres de quelques livres dont aucun n'est bien ancien : *Les transformations du droit public*, *Les transformations du droit privé*, *L'évolution du Droit et la conscience sociale*, *La crise de la philosophie du Droit*...

L'un de vos maîtres n'a-t-il pas récemment, dans un volume de près de deux cents pages, entrepris la recherche d'une définition du Droit (1).

Tout cela n'est-il pas la preuve que la pensée juridique est en ce moment en France dans une phase de fermentation ? Nous ne pouvons guère nous attendre à ce que l'on enseigne les premiers principes du Droit dans un pays où on ne sait pas encore le définir.

Mais cette fermentation n'est-elle pas en elle-même un progrès, quand on pense que pendant près d'un siècle ces juristes français, satisfaits apparemment de la métaphysique de

1. Lévy-Ullmann, *La Définition du Droit*. Paris, Recueil Sirey, 1917.

la codification napoléonienne, sont restés sans curiosité à l'égard des hautes spéculations sur l'origine et la mission du Droit ?

De ce changement d'attitude, vous connaissez la cause principale.

Il n'était plus possible de satisfaire aux nécessités économiques et aux aspirations sociales de notre temps avec les formules de l'individualisme juridique.

A une époque où l'interdépendance des hommes allait s'intensifiant de jour en jour, comment s'accommoder d'un ordre juridique établi sur cette présomption que les hommes vivent juxtaposés « dans une série de sphères de liberté délimitées comme les cages d'une ménagerie » (1) ?

Il fallait donc se mettre en quête d'une conception moins étriquée de la fonction du Droit.

Ceux qui ont entrepris cette recherche n'ont pas tous suivi le même chemin,mais tous ont obéi à une préoccupation commune : celle de rapprocher le Droit des faits,afin qu'il ne soit plus question d'une révolte des faits contre les Codes.

1. Ihering, *L'Evolution du Droit*, p. 355.

Cette tendance commune nous l'appellerons, si vous le voulez bien, la tendance au réalisme juridique. Je puis user provisoirement de ce terme, puisque j'ai l'intention de le définir dans ma troisième conférence.

De cette tendance procèdent, d'une part, le mouvement en faveur de la renaissance du droit naturel et, d'autre part, le positivisme juridique. Vous connaissez, tous, les noms des juristes éminents que cette divergence doctrinale a mis en conflit.

Malgré leur opposition foncière, le mouvement pour la renaissance du droit naturel et le positivisme juridique peuvent être étudiés sous le même angle. Tous deux posent la question des rapports du Droit et de la croyance. Dans leur élan vers le réalisme juridique, dans quelle mesure naturistes et positivistes réussissent-ils à s'affranchir de la croyance, c'est-à-dire de l'ingérence de notions transcendentales que la simple observation des faits est incapable de nous suggérer ? J'espère vous montrer que toute conception du Droit, même la plus nettement positiviste, implique une

profession de foi religieuse ou tout au moins une série de postulats métaphysiques.

Mais de ce que les efforts de la pensée juridique vers le réalisme ne répondent qu'incomplètement aux espérances qu'ils avaient fait naître, il faut se garder de conclure que le Droit, dans son ensemble, ne soit qu'un vaste conceptualisme, c'est-à-dire une série de combinaisons conceptuelles sans appui sur les réalités extérieures. L'enjeu de la lutte entre le réalisme et le conceptualisme juridiques est, comme vous le savez, la fameuse théorie de la personnalité morale.

Si je termine par l'étude de cette théorie un enseignement qui aura déjà eu pour objet l'irréductible droit naturel et le positivisme juridique, je crois que je vous aurai ainsi intéressés aux trois plus grands problèmes que pose aujourd'hui la philosophie du Droit.

Que la tendance au réalisme juridique ait abouti à une renaissance du droit naturel, rien n'est plus facile à comprendre. Se rapprocher de la nature n'est-ce pas se rapprocher

de la réalité ? N'est-ce pas s'adapter aux faits ? Mais ici une précision s'impose ?

Dans ce mouvement de renaissance du droit naturel, la conception ancienne de ce droit à été modifiée.

Le droit naturel n'est plus considéré comme un droit idéal comportant des principes et des solutions pour tous les rapports sociaux, comme une législation complète, prototype de toutes les législations positives.

Il est entendu qu'on ne demandera au droit naturel que des directions, des aspirations... mais des directions et des aspirations sur lesquelles l'accord puisse se faire entre tous ceux qui contribuent à un titre quelconque à l'élaboration du droit positif, législateurs, magistrats ou juristes, quelles que soient leurs convictions philosophiques ou religieuses.

Voilà un point sur lequel j'attire particulièrement l'attention : c'est là tout l'intérêt pratique du débat que soulève actuellement la question du droit naturel. L'effort accompli pour la renaissance du droit naturel a pour but de reconnaître et de délimiter un terrain

commun d'entente à l'usage, si je puis dire, de tous ceux qui travaillent à faire du droit positif. Ceux qui font la loi ne peuvent la faire à leur guise, ils devront se conformer à des directions qui les dominent parce qu'elles surgissent de la nature même des choses. Et c'est également de ces directions communes que devront s'inspirer ceux qui commentent la loi ou qui l'appliquent et que déconcertent souvent ses lacunes ou ses obscurités.

Tels sont les services que l'on attend aujourd'hui du droit naturel. Reste à savoir si nous sommes en présence d'un mirage ou d'une réalité.

L'intérêt pratique dégagé, nous voici résolus à aborder de nouveau le fameux problème du droit naturel. Notre premier souci doit être maintenant de le bien poser. Je me permettrai de formuler à ce sujet une grave critique contre tous ceux qui jusqu'à présent ont pris part au débat.

Tous ont omis une précision essentielle.

Ce droit naturel, dont il est question de faire un terrain commun d'entente, est-ce un en-

semble de règles de vie sociale ou un ensemble de prérogatives individuelles ? En d'autres termes, et pour employer une terminologie que le doyen Duguit nous a rendue familière, le droit naturel est-il un droit objectif ou un droit subjectif ?

Quand on parle de droit naturel veut-on dire seulement qu'il y a des règles de vie sociale imposées par la nature même des sociétés humaines ?

Ou bien veut-on dire seulement qu'il y a des prérogatives qu'il faut reconnaître à tout individu, parce qu'elles sont attachées à la nature même de l'homme ?

C'est un point important à trancher. Il me suffit pour le prouver de faire observer que le doyen Duguit paraît bien admettre qu'il existe un droit naturel objectif procédant de la loi de solidarité sociale, tandis qu'il nie énergiquement l'existence de droits naturels subjectifs.

Impossible de s'engager dans le débat du droit naturel sans y introduire dès l'abord cette distinction.

Toutefois avant d'examiner le problème

sous ces deux faces, il est intéressant de remarquer que les partisans d'un droit naturel objectif, comme ceux de droits naturels subjectifs, s'appuient tous sur un postulat identique.

Qui dit droit naturel, dit droit conforme à la nature, suggéré et imposé par la nature, nature individuelle de l'homme ou nature des sociétés humaines.

Dès lors pour que le droit naturel soit un foyer de directions communes, un terrain commun d'entente, — encore une fois c'est un point qu'il ne faut jamais perdre de vue, — il est essentiel qu'il y ait accord sur la nature et partant sur l'origine et la destinée soit des individus, soit des sociétés humaines. Il faut en somme que tous ceux qui travaillent à l'élaboration du droit positif communient en la même philosophie sociale ou en la même philosophie de l'homme.

Voilà le postulat.

Il suffit de l'énoncer pour en faire apparaître sans plus l'inanité.

J'insiste cependant, car nous sommes en

présence de la critique la plus grave qui puisse être faite aux partisans du droit naturel objectif ou subjectif.

Commençons par la thèse d'un droit naturel objectif. Est-ce que vraiment l'accord est près de se faire entre philosophes, juristes, hommes politiques sur la fonction et la fin des sociétés humaines, sur ce qu'il faut entendre par progrès social ? J'admire avec quel arbitraire le doyen Duguit a choisi la loi de solidarité pour nous l'imposer comme la norme primordiale de la vie sociale, d'où il déduit facilement — trop facilement à mon gré — que tout ce qui intensifie cette solidarité est progrès, tout ce qui la diminue est régression.

Est-il vrai que les données de l'observation conduisent à une telle conclusion ?

N'avons-nous pas entendu d'autres philosophes, d'autres sociologues nous déclarer que ce qu'ils ont observé dans la nature, c'est surtout l'écrasement des faibles par les forts, c'est non pas la loi de solidarité mais la loi de concurrence vitale, aboutissant à la sélection des meilleurs, à la formation des élites, dont les

qualités intellectuelles ou physiques se transmettront ensuite par hérédité.

Pour eux, c'est la violence et non la solidarité qui ouvre la voie du progrès.

Et au fond, si nous réussissons à faire abstraction de nos partis pris moraux et religieux, est-ce qu'on n'est pas porté à leur donner raison ?

Former des élites, créer des individualités supérieures, des chefs qui sauront entraîner et conduire la tourbe des médiocres et des insuffisants vers des fins dont ils ont seuls la pleine intelligence, n'est-ce pas marcher plus sûrement dans la voie du progrès social qu'en intensifiant la solidarité ? Peut-on penser sans inquiétude à ce que nous réserve la solidarité, lorsque ne s'accroît pas avec elle la valeur morale des individus ?

Tant qu'il subsistera des divergences aussi profondes sur la nature et la fin des sociétés humaines, il ne saurait être question de se mettre d'accord sur un droit naturel objectif.

Même conclusion, vous vous y attendez bien, si l'on ouvre le débat sur les droits naturels

subjectifs, surtout si l'on émet la prétention de réduire la mission du droit objectif, du Droit avec un grand D, à assurer la coexistence de ces droits individuels, à maintenir l'égalité entre ces sphères d'activité dont je parlais tout à l'heure.

Or telle est bien l'idéologie dont sont imprégnées nos déclarations des Droits et nos Constitutions révolutionnaires.

Comment expliquer que l'homme en naissant ait *naturellement* des droits ? Et quelle est la mesure de ces droits ?

Que de réponses diverses et inconciliables à ces questions ! Les uns confèrent à ces droits naturels un caractère absolu, ils les considèrent comme un apanage imprescriptible de l'éminente dignité de la personne humaine. On est ainsi conduit à admettre l'immanence du Droit dans l'homme, principe et fin de l'ordre juridique. C'est la métaphysique de l'absolu humain.

D'autres expliqueront ces droits individuels par les devoirs qu'ils permettent d'accomplir, par des fins supra-terrestres qu'ils permettent

d'atteindre. Ces droits n'ont plus alors rien d'absolu puisqu'ils ont leur mesure dans les devoirs ou les fins qui sont leur raison d'être. Certains,qui se déclarent cependant agnostiques, vont même jusqu'à dire que dans tout droit individuel il y a une fonction sociale incluse et que « chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale » (1).

Quelle que soit la conception à laquelle on se rallie, que l'on professe l'absolutisme des droits individuels ou leur relativité, il est impossible de prétendre qu'on soit conduit à ces conclusions par l'observation ou l'expérience. Elles procèdent évidemment de nos croyances philosophiques ou religieuses. Qu'il soit donc bien entendu lorsque nous parlons de droits individuels, dérivant de la nature de l'homme, qu'il s'agit de la nature de l'homme, telle que nous la concevons. Il est curieux que l'on omette toujours cette précision.

Il me paraît inutile de poursuivre cette

1. Duguit, *Transformations du Droit privé*, p. 159.



démonstration et je la résume en disant qu'il est impossible, si l'on entend par droit naturel un ensemble de principes ou de directions dérivant de ce qu'on croit être la nature de l'homme ou de la société, d'arriver à faire entre ceux qui élaborent le droit positif l'accord sur ces principes, sur ces directions.

Dois-je alors comprendre que les partisans du droit naturel renaissant et renouvelé s'installent simplement au carrefour de toutes les croyances, que là, ils se contentent de relever le terrain sur lequel elles se croisent et qui est délimité par leurs points d'intersection. C'est sur ce terrain, si exigu soit-il, qu'ils dresseraient l'écriteau du droit naturel.

Il faut alors se demander si ce terrain existe et ce qu'il contient.

Nous répondrons à la fois aux deux questions en disant que le droit naturel ainsi compris se réduit aux *fins subalternes du Droit.*

Il est des services que nous attendons du Droit en tout état de cause, c'est-à-dire quelle que soit notre orientation philosophique ou religieuse. Et, par exemple, tous nous voulons

vivre en paix, confiants dans la sécurité de nos personnes et de nos biens. Dans quelque direction que nous cherchions le progrès social ou le progrès individuel, il est certain que ce progrès ne peut être poursuivi à travers l'entremangement des hommes, comme disait Boutroux, à travers le chaos des violences et des représailles individuelles.

La paix, la sécurité sont les premiers bienfaits que le Droit doit nous procurer. Alors même que nous serions en désaccord profond, irréductible sur les fins supérieures du Droit, nous pouvons cependant nous entendre pour lui faire remplir ces fins intermédiaires auxquelles nous sommes tous intéressés. C'est bien là, comme je le disais, le carrefour ou s'entrecroisent toutes les conceptions de l'origine et de la fonction du Droit. Il est des juristes philosophes qui n'en ont jamais franchi les limites : c'est avec raison que M. Gény fait remarquer que Montesquieu, dans l'*Esprit des lois*, Bentham, dans les *Traités de législation civile et pénale*, font de la poursuite de ces fins subalternes le but principal de l'ordre juridique.

Ces fins sont nombreuses, et il n'est pas douteux qu'elles aillent en augmentant d'importance dans une société où, l'interdépendance des hommes s'intensifiant tous les jours davantage, les seules exigences de l'ordre, de la sécurité, de la paix sociale nécessitent une réglementation de plus en plus encombrante des activités individuelles. De ces fins subalternes je n'en ai nommé que deux : la paix, la sécurité,les premières qui se présentent à l'esprit par ordre d'importance ; il en est d'autres comme « l'abondance » que cite Bentham. J'élargirai le sens de ce terme en disant que tout ce qui peut introduire plus de certitude, de célérité, de commodité dans le commerce juridique, à mesure que le permettent ou que l'imposent les transformations de notre vie économique, tout cela rentre dans les fins intermédiaires ou subalternes du Droit.

La liberté peut aussi être rangée parmi les fins intermédiaires du Droit. N'est-il pas évident qu'elle est un élément de bien-être et que, dans un pays libre, la vie est plus douce que sous la férule d'un pouvoir despotique ?

Mais si tout le monde est d'accord sur ce point de départ, on se sépare quand il s'agit de savoir si le Droit doit nous procurer sans réserves et sans limites ce bienfait de la liberté. Ceux qui la considèrent comme un apanage imprescriptible de la nature humaine, comme une prérogative participant de l'absolu, ne sauraient avoir sur ce point la même opinion que ceux qui la considèrent comme le moyen d'atteindre une fin ou de remplir un devoir. Ceci dit simplement pour montrer en passant que le terrain des fins intermédiaires, où l'on prétend cantonner le Droit naturel, soulève de délicates questions de frontières.

Quoi qu'il en soit, une constatation s'impose. Il y a eu au cours des siècles un progrès certain du Droit, en dépit du conflit des croyances et des doctrines et malgré la difficulté que l'on a toujours éprouvée et que nous éprouvons encore de nos jours à définir le Droit. Comment expliquer cette antinomie, sinon par ce fait que ce progrès du Droit a été presque exclusivement un progrès dans l'adaptation du Droit à ses fins subalternes ?

Mais cette adaptation s'est-elle faite sous l'influence d'une systématisation du droit naturel ? Et dans l'avenir, s'il ne s'agit que de poursuivre l'élaboration du droit positif en nous maintenant à ce niveau moyen — ou si l'on veut médiocre — des fins intermédiaires subalternes, avons-nous vraiment besoin de nous mettre en campagne pour la renaissance du droit naturel ? Pourquoi de si larges bases pour un édifice si exigu ? Pourquoi couvrir de ce titre, annonciateur de vastes promesses, un ordre juridique imposé — qu'on le veuille ou non — par les exigences primordiales de toute vie en société — je dirai mieux : imposé tout simplement par l'instinct de conservation qui pousse chacun de nous à rechercher son bien-être et à se protéger contre les atteintes dont sa personne ou ses biens peuvent être menacés ?

Voici donc la conclusion de cette première partie de mon exposé.

Ou bien les partisans du droit naturel ont la prétention de faire déborder sur les fins supérieures du Droit leurs conceptions parti-

culières du droit naturel et alors il ne faut pas parler d'un droit naturel : il y a en réalité autant de droits naturels qu'il peut y avoir de conceptions possibles des fins sociales et humaines.

Ou bien on groupe sous le nom de droit naturel les solutions communes aux doctrines les plus opposées. Rester sur ce terrain c'est s'interdire toute ascension vers l'origine et la mission la plus élevée du Droit : c'est décorer d'une façade prétentieuse ce qu'il y a d'instinctif et presque d'irraisonné dans l'ordre juridique.

Il ne semble pas jusqu'à présent que j'aie eu tort de parler du « mirage du droit naturel ». Avançons et nous verrons ce mirage reculer encore puis s'évanouir.

En fait le mouvement en faveur de la renaissance du droit naturel ne s'est pas développé chez les agnostiques. Les juristes qui ont travaillé à cette restauration n'ont pas cru devoir, pour autant, faire abstraction de leurs croyances. Le doyen Gény moins que tout autre. Il dénonce avec vigueur l'impuissance de l'agnos-

ticisme à élaborer des règles de conduite et une philosophie de l'action. Seule la philosophie « traditionnelle » peut « servir de base ferme à toute discipline de la vie humaine » (*Science et technique*, II, p. 359). Il n'est pas douteux que, par ce terme un peu vague, Gény n'entende la philosophie spiritualiste, la philosophie du sens commun comme il l'appelle quelque part ailleurs, doctrine que l'on peut résumer dans ses grandes lignes en disant qu'elle affirme l'existence d'un Dieu distinct de l'univers dont il est le créateur, la spiritualité et l'immortalité de l'âme, les destinées supra-terrestres de l'homme. Le soutien de cette philosophie est indispensable au juriste, nous dit Gény. Mais ce n'est pas tout, les investigations nécessaires à l'élaboration du droit positif ne pourront dégager de l'observation et de l'analyse des faits aucun résultat utile si elles ne s'appuient que sur « la stricte discipline de la logique des concepts » (*Science et technique*, II, p. 9). Il y faut l'intuition, cette « sympathie intellectuelle » qui se développe sous l'influence de la croyance (*Science et technique*, I. p. 80). Et ici,

qu'on me permette une observation au passage. Je ne puis m'empêcher alors de me demander, avec M. Ripert (*Droit naturel et positivisme juridique* (*Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1918, p. 23), « quels arguments va-t-on donner à ceux qui ne sont ni théistes, ni spiritualistes ? Comment les forcer à admettre cet irréductible droit naturel que seule l'intuition nous révèle? » Mais je ne prolonge pas cette critique qui me ramènerait aux développements qui précèdent et ne rentre pas dans la deuxième partie de mon exposé.

J'entends me placer maintenant dans la position morale de la plupart de ceux qui travaillent à cette restauration du droit naturel. Professant la foi catholique, je n'éprouve aucune difficulté à donner mon adhésion à la philosophie traditionnelle théiste et dualiste. Je voudrais simplement me rendre compte des ressources que m'offre cette philosophie pour l'élaboration et l'interprétation de notre droit positif.

La lecture du grand ouvrage de Gény sur *Science et technique en droit privé* nous réserve à ce sujet plus d'une surprise.

Voici, je crois, la plus forte. Dans le tome II de cet ouvrage Gény soumet a une analyse minutieuse l'œuvre importante du P. Cathrein, jésuite allemand qui tient un rang éminent parmi les docteurs récents du droit naturel. De cette analyse, je détache ces quelques lignes : « ...le droit naturel ne peut désigner qu'une somme de règles obligatoires pour toute l'humanité en vertu de la nature elle-même et sans l'intervention de préceptes positifs émanant soit de Dieu, soit des hommes... Ces règles dont il importe de limiter le domaine, se condensent dans ces deux préceptes : tu dois donner à chacun le sien, tu ne dois faire tort à personne » (Gény, *Science et technique*, II, p. 314).

Je me demande s'il était utile pour faire accepter une si modeste conclusion que le P. Cathrein prît à plusieurs reprises la peine d'avertir ses lecteurs que ses démonstrations ne devaient paraître décisives qu'à ceux qui admettaient une conception du monde nettement théiste et dualiste (Gény, *Science et technique*, II, p. 318 et note 3).

Ces deux préceptes ne dépassent pas dans leur portée ces fins intermédiaires du Droit dont il a été plus haut question. J'y vois avant tout une suggestion de l'instinct, auquel on a donné après coup une interprétation juridique.

Mais ma surprise augmente encore lorsque, continuant la lecture de l'analyse de l'œuvre du P. Cathrein, je rencontre l'affirmation suivante : « Cette notion du droit naturel, au sens objectif, suffit à spécifier la notion du même droit au sens subjectif qui n'en est qu'un dérivé ». Et voici qu'avec une prestigieuse facilité tout l'édifice des droits individuels, droits de famille, droits patrimoniaux, est dressé sur la base étroite de ces deux préceptes. Vous avouerais-je que cette lecture m'a rappelé une impression d'enfance, j'ai cru revoir un de ces merveilleux escamoteurs qui tiraient d'un chapeau des monceaux d'objets les plus divers. Je les regardais sans comprendre.

Je ne comprends pas davantage comment du précepte « tu dois donner à chacun le sien » combiné avec le précepte « tu ne dois faire de tort à personne » même appliqués à la lumière

d'une conception dualiste et théiste de l'univers, on puisse déduire autre chose que le droit de l'homme à la vie, à la liberté, à son intégrité corporelle et, dans une certaine mesure, à la propriété.

Et je n'en veux d'autre preuve que la carence, les incertitudes ou les divergences de ceux que j'ai appelés les docteurs du droit naturel en ce qui concerne la solution des problèmes sociaux les plus graves.

Commençons par l'élément social par excellence, la famille ; trouvons-nous dans le droit naturel objectif, tel qu'il vient d'être défini et limité, même avec le secours de la philosophie traditionnelle, les indications essentielles sur sa constitution ? La famille sera-t-elle a base monogamique ou polygamique? Que peut répondre à cette question un philosophe spiritualiste simplement armé du double précepte? Et si je le suppose juif ou chrétien, n'hésiterait-il à admettre que Dieu ait transgressé le droit naturel en autorisant les patriarches et les rois d'Israël à pratiquer la polygamie ?

Poursuivons. Cette famille monogamique ou

polygamique prendra-t-elle naissance dans un mariage dissoluble ou indissoluble ? Là encore le droit naturel n'apporte aucune réponse, si j'en crois du moins le doyen Gény lui-même qui reconnaît que l'indissolubilité du mariage — comme d'ailleurs la monogamie — n'est pas imposée par « le donné rationnel » du Droit — ce qui équivaut à ses yeux au droit naturel — mais recommandée par « l'idéal » (Gény, *Science et technique*, II, p. 380 et 402).

Passons à l'organisation du travail, problème primordial à notre époque. Quelles directions allons-nous recevoir du droit naturel à ce sujet ?

Que penser d'abord du travail servile. Si nous en croyons le doyen Gény, le P. Cathrein ne fait au nom du droit naturel aucune objection de principe à l'esclavage, si les droits essentiels de l'esclave en vue de sa fin suprême sont sauvegardés (Gény, *Science et technique*, II, p. 321) Et comme cette opinion n'est point partagée par d'autres docteurs en droit naturel j'en conclus que voilà encore une question que nous sommes obligés de laisser sans solu-

tion malgré sa haute importance sociale et morale.

Le droit naturel nous renseignera-t-il davantage sur la nature juridique qu'il convient d'attribuer au contrat de travail? En ferons-nous un louage, une vente ou une sorte de société ? Toujours pas de réponse précise.

Je dois toutefois reconnaître que ceux qui parlent au nom du droit naturel ne font pas d'objection de principe au régime du salariat; mais ils se divisent profondément sur la question du juste salaire, comme d'ailleurs sur celle du juste prix.

Assez récemment encore n'a-t-on pas eu la preuve de l'impuissance du droit naturel à définir le bien commun ou plutôt, ce qui revient au même, à préciser le mal qui est son contraire. Je fais allusion aux efforts tentés à deux reprises pour dégager quelques règles de conduite dans la lutte internationale contre la pornographie.

Il fallait évidemment commencer par une définition de l'obscénité : il était indispensable que toutes les nations en aient une conception

commune, puisqu'elles cherchaient à en organiser la répression internationale. Or pas plus à la conférence de 1910 qu'à celle de 1923 (cette dernière réunie sous les auspices de la Société des Nations) on n'a pu se mettre d'accord sur ce qu'on devait considérer comme obscène. Singulière et regrettable carence du droit naturel sur un terrain où il semble qu'un rôle de premier ordre lui était réservé.

Il me serait facile d'allonger la liste. Je ne sache pas que, par exemple, le droit naturel ait de solution bien ferme en ce qui concerne la légitimité des successions testamentaires, pas plus qu'il n'en a, et vous voyez qu'il s'agit de domaines bien différents, en ce qui concerne la grève et le syndicat obligatoires.

Terminons cet inventaire des ressources que peut offrir le droit naturel pour l'élaboration du droit positif par une dernière question celle du *jus in se ipsum.*

Quelles limites précises le droit naturel vient-il apporter à la liberté de disposer de nous-mêmes, de notre vie, de l'intégrité de notre corps, de nos organes, de leurs fonctions ? Et

je parle toujours bien entendu d'un droit naturel éclairé par les vues intuitives empruntées à la philosophie du sens commun. Le suicide est-il de droit naturel ? Le droit à la vie n'a-t-il pas comme terme corrélatif le droit à la mort ? Même question pour l'euthanasie procurée par un médecin ou un ami complaisant à un incurable désireux d'abréger une vie de souffrance et désormais sans valeur sociale.

Où sont encore les précisions du droit naturel en matière d'avortement et de pratiques anticonceptionnelles ? c'est même là, soit dit en passant,une des causes de l'impuissance des conférences internationales à définir l'obscénité.

Toutes les fois que l'on a eu l'illusion de dégager du droit naturel des directions plus nettes, ces directions ont été en réalité suggérées par un parti pris religieux ou métaphysique, devenu une habitude de notre pensée. L'habitude étant une seconde nature, ainsi s'explique la confusion.

Ainsi s'explique également que ce qui a paru naturel à une époque et dans une société

déterminées, tombe en discrédit dans d'autres circonstances de temps et de lieu. La fameuse théorie du droit naturel à contenu variable n'a pas d'autre base que cette constatation. Ce qui varie en réalité ce n'est pas la nature de l'homme mais la conception que nous nous faisons de son origine et de ses destinées, et dont il nous est impossible de faire abstraction dès que le problème juridique à résoudre dépasse les fins subalternes du Droit.

Lorsque, par deux fois, on a introduit le divorce dans notre législation civile, on l'a fait au nom du droit naturel des époux à rompre un lien qu'ils avaient librement formé, droit naturel à base individualiste qui ne donne à l'obligation d'autre fondement que le consentement, si bien que l'obligation doit cesser quand le consentement a disparu.

Lorsqu'en 1816 on a supprimé le divorce, ce n'a pas été seulement pour mettre nos institutions civiles en conformité avec les enseignements de la religion d'Etat ; à ce moment, comme plus tard en 1884, l'indissolubilité du mariage a été défendue, elle aussi, au nom du

droit naturel, mais d'un droit naturel à base anti-individualiste qui subordonne à la stabilité des familles et à l'intérêt des enfants la considération de quelques infortunes individuelles, souvent imputables à ceux qui en sont victimes.

Dans un tout autre ordre d'idées, n'est-ce pas au nom du droit naturel que les libéraux ont combattu toute réglementation de la durée journalière du travail des adultes ? Et, par contre, n'est-ce pas le droit naturel de tout homme aux joies du foyer, à l'accomplissement de ses devoirs paternels, à sa culture intellectuelle, à sa formation morale qui a été mis en avant pour provoquer finalement en 1919 l'intervention du législateur ? J'ajoute qu'en 1814 le repos hebdomadaire a été rétabli, puis en 1880 supprimé, enfin en 1906 de nouveau rétabli, et qu'il n'est pas douteux que toutes ces lois contradictoires n'aient fait façade du droit naturel.

Là encore, la liste des exemples pourrait s'allonger indéfiniment. Il me suffit des deux que j'ai choisis pour appuyer mon affirmation. Avec

le divorce c'était la question de la hiérarchie des buts du mariage qui était en jeu, avec la loi des huit heures limitant l'emprise du contrat de travail sur les salariés, c'est le problème des destinées terrestres ou supra-terrestres de l'homme qui était abordé ; dans les deux cas les fins supérieures du Droit étaient intéressées et l'on a cru néanmoins pouvoir dégager du droit naturel des solutions précises.

Qu'est-il arrivé, c'est qu'à plusieurs reprises nous avons été témoins de la caducité de ces solutions qui, pourtant, se recommandaient de la raison universelle et prétendaient à une valeur absolue.

A la hauteur de pareils problèmes le droit naturel n'étant plus qu'une suggestion inconsciente ou consciente des croyances subit la répercussion de tous leurs conflits. Il fut un temps où l'on croyait tout trancher avec la notion de Justice : il est même encore à l'heure actuelle certains esprits qui identifient ces deux notions du Juste et du Droit — à tort, selon moi, car elles ne sont pas superposables mais je n'ai pas le loisir de vous le démontrer. Ce

qui me paraît commun à ces deux notions c'est leur impuissance à donner à la législation positive des directions précises dès que l'on a dépassé les limites des fins intermédiaires du Droit. Avoir le sentiment qu'il y a une justice, mais ne pas savoir exactement ce qui est juste, voilà l'éternelle angoisse de l'homme qui ne rattache pas la conception de la justice à une doctrine précise des destinées humaines. La justice pouvant être définie l'adaptation de toute chose à sa fin implique en effet une solution préalable du problème des fins. Faute de quoi, comme l'écrit Gény, « la notion abstraite de justice reste en elle-même trop générale, trop vague et trop lointaine pour constituer une base suffisante à l'élaboration scientifique du droit objectif » (Gény, *Science et technique*, II, p. 393). Ce qui m'étonne c'est que Gény ait cru trouver plus de ressources dans la notion abstraite de droit naturel.

J'avoue que c'est un spectacle émouvant que celui de ces persévérants efforts pour faire l'union sur quelques principes où l'on se plairait à voir le patrimoine juridique de l'huma-

nité. N'est-ce pas d'une préoccupation semblable que procède la théorie actuelle de la superconstitutionnalité soutenue par deux esprits, qui n'ont pourtant pas coutume de se rencontrer : Duguit et Hauriou? Qu'est-ce que la superconstitutionnalité, sinon comme le dit Duguit (*Droit constitutionnel*, t. III, p. 660) : « un droit supérieur écrit ou non écrit » qui doit être placé au-dessus des atteintes du législateur, même du législateur constituant. Je cherche en vain une définition qui puisse plus exactement s'appliquer au droit naturel. A mon sens il n'y a qu'une légère différence de point de vue entre le mouvement qui tend à la renaissance du droit naturel et celui qui nous pousse à la reconnaissance d'une superconstitutionnalité. Le premier tend à dégager un sol sur lequel on puisse construire, le second à préserver de la démolition ce qui a été construit sur ce sol. Ce sont là simplement deux aspects d'une même activité, d'un même élan vers la certitude juridique, qui contraste avec l'état d'esprit des juristes à la fin du dernier siècle, je veux dire l'indifférence de ceux qui

ne pensaient pas et le dilettantisme de ceux qui croyaient penser.

J'ai dit que ce spectacle est émouvant. J'ajoute qu'il n'est pas sans mélancolie puisque aucun de ces efforts ne paraît avoir réussi. Les principes sont encore à préciser. Quant à leur intangibilité, je doute qu'elle puisse jamais être assurée aux heures où elle serait le plus indispensable, je veux parler des périodes de crise politique.

Que conclure ? Ne nous reste-t-il plus qu'à nous résigner à l'arbitraire des gouvernants, législateurs ou juges, toutes les fois que l'élaboration ou l'application du droit positif les placera en face d'une question qui dépasse le niveau des fins subalternes du droit ? Pourront-ils nous imposer, jusque dans leurs extrêmes conséquences, leurs conceptions sociales et philosophiques ?

Je ne crois pas qu'une telle éventualité soit à redouter en dehors des temps de révolution. Quand une société vit au « calme », si je puis dire, « ce serait, dit très justement M. Ripert, une vue superficielle des choses que de consi-

dérer comme seuls gouvernants ceux qui détiennent la puissance publique et, à ce titre, élaborent la règle juridique » (Ripert, *loc. sup. cit.*, p. 43). A côté de la puissance publique, il y a la puissance économique, la puissance religieuse, la puissance de la presse et de l'opinion. Ces puissances-là sont rarement réunies dans les mains du législateur et du juge, elles sont souvent en conflit avec eux : ceux qui les détiennent « prêtres, moralistes, propriétaires, banquiers, syndicats, écrivains, journalistes, sont des gouvernants qui essayent de faire triompher leur volonté ». De cette lutte d'influences peut naître un équilibre parfait ; d'où, comme conséquence, la conservation de l'ordre juridique existant. Mais même si l'équilibre n'est pas complètement obtenu, le poids de ces influences fait frein sur la volonté du législateur et l'oblige à s'arrêter à des solutions qui ne froissent pas trop profondément les puissances de fait.

Ce n'est pas seulement d'un conflit d'influences que nous devons attendre la modération du législateur et la sagesse du juge.

N'ayons pas l'air d'ignorer que nous vivons dans une société imprégnée de christianisme : par une heureuse inconséquence, dans la conscience de beaucoup d'incroyants, la conception chrétienne de la morale et du droit a survécu à la foi dans les dogmes. Or de cette conception chrétienne, qui prend appui sur le Décalogue, les préceptes évangéliques et les enseignements de l'Eglise se dégagent, pour l'élaboration du droit positif, des suggestions autrement précises que de la philosophie traditionnelle ou philosophie du bon sens. L'idée d'une fonction sociale incluse dans tous les droits subjectifs, même les plus nettement individuels, la théorie de l'abus de droit, l'élargissement de la notion d'enrichissement injuste, les grandes réformes ouvrières, telles que la journée de huit heures et le repos hebdomadaire dominical, tout cela ne trouve sa justification dernière, son explication exhaustive que dans le plan des destinées humaines tracé par le christianisme. Ce plan s'impose encore dans ses grandes lignes au législateur et au juge et tempère leur arbitraire.

Mais nous ne pouvons espérer qu'une croyance prolonge indéfiniment dans le domaine de la raison pratique une influence qui irait en déclinant dans le domaine de la raison pure. Vienne ce déclin, c'est en vain que les fidèles de cette croyance appelleraient à leur secours le droit naturel, je crois vous l'avoir démontré (1).

1. Je rappelle que, dans toute cette conférence, je ne me suis point placé sur le terrain dogmatique mais sur celui des faits. En d'autres termes, je ne discute pas la question de savoir si la raison humaine peut par ses seules lumières découvrir les principes essentiels qui dominent l'organisation de la famille et de la société. Je me contente de faire le bilan des résultats utilisables et incontestés. A ce point de vue, il m'est impossible de ne pas tenir compte des divergences et des hésitations des juristes qui ont parlé au nom du droit naturel.

DEUXIÈME CONFÉRENCE

Les postulats métaphysiques du positivisme juridique

LES POSTULATS MÉTAPHYSIQUES DU POSITIVISME JURIDIQUE

Le positivisme juridique s'apparente aux doctrines qui tendent à soustraire l'élaboration du droit positif à l'arbitraire du législateur. Il n'est pas sans affinité à ce point de vue avec le mouvement en faveur de la renaissance du droit naturel dont je vous ai entretenu précédemment. Positivistes comme partisans du droit naturel professent que le Droit, ce n'est pas la Loi et qu'il existe un ordre juridique naturel, que l'on peut dégager, soit des seules données de l'expérience, soit de l'observation du réel, interprétée par une certaine conception de l'univers et des destinées humaines.

Tous s'accordent à protester contre la fameuse formule du juriste allemand Seydel

qu'« il n'y a pas de droit sans le Herrscher, au-dessus du Herrscher ou à côté du Herrscher, qu'il y a un droit seulement par le Herrscher » (Seydel, *Grundzüge einer allgemeine Staatslehre* p. 13 et 14), formule que je ne consens pas à distinguer de celle de Ihering, moins brutale en la forme, mais aussi pernicieuse dans son principe, que le Droit est la politique de la force, une autolimitation ou une autodétermination que s'impose l'État tout-puissant.

Non, le Droit ne s'invente pas. Ces règles de conduite auxquelles l'Etat nous assujettit par la contrainte ne sont pas le Droit par le seul fait que l'Etat les a voulues et imposées ; il existe des normes spéciales par la vertu desquelles l'acte d'un législateur, l'acte d'un juge, l'acte d'un simple particulier peuvent être déclarés contraires ou conformes au Droit, suivant qu'ils sont avec ces normes en conformité ou en opposition.

Ceci admis en thèse, quelle méthode suivre pour rechercher ces normes ?

Voici celle du positivisme juridique, telle qu'elle est exposée dans l'œuvre de son plus

illustre représentant M. le doyen Duguit.

Lorsqu'on pose la question : y a-t-il un Droit préexistant à la loi et à toute source formelle du Droit, que veut-on dire ? Deux interprétations sont en effet possibles, à cause de l'insuffisance de notre terminologie juridique.

Veut-on dire : existe-t-il des règles générales de vie sociale, indispensables au maintien et au progrès des sociétés et qui doivent en conséquence être imposées par voie de contrainte aux hommes qui vivent en société ? En d'autres termes : existe-t-il un Droit objectif ?

Ou bien veut-on dire : existe-t-il pour tout être humain des droits qui sont sa prérogative personnelle et qui lui appartiennent en sa seule qualité d'homme ? En d'autres termes : existe-t-il des droits subjectifs ?

A la question ainsi posée, avec sa double interprétation possible, Duguit fait la réponse suivante : J'ai la prétention d'écarter de mes recherches la collaboration de toutes les métaphysiques religieuses ou simplement doctrinales. Pour suivre une méthode purement positiviste, je ne puis accepter que ce qui résulte

des faits que je constate. Or si l'on pose la question qui précède dans le sens : Existe-t-il des droits subjectifs dont le législateur doive garantir à tout homme la jouissance et le respect, il est impossible de lui donner une solution dégagée des seules données de l'expérience ou de l'observation. De quelle expérience en effet, de quelle constatation pouvons-nous nous autoriser pour dire que l'homme apporte des droits en naissant ? Quels sont les faits qui peuvent être invoqués à l'appui d'une pareille conclusion ?

Il n'y en a aucun.

Et ici je crois devoir compléter et, j'ose dire, améliorer le raisonnement de Duguit.

Il se contente de dire : tout droit subjectif implique une hiérarchie des volontés individuelles, puisque la volonté de celui qui exerce le droit s'impose à la volonté de celui qui y est soumis. Or cette hiérarchie ne s'établit que grâce à l'intervention de notions transcendentales, donc métaphysiques et étrangères à l'expérience.

Cette fin de non-recevoir est trop sommaire.

L'existence de droits subjectifs implique moins une hiérarchie des volontés qu'une hiérarchie des intérêts, au service desquels s'emploient ces volontés. Le spectre de la métaphysique est donc dressé trop tôt.

Mais je n'insiste pas sur cette critique, car j'estime que Duguit a au fond parfaitement raison. Il n'est pas douteux que la question de savoir s'il existe des droits subjectifs nous entraîne immédiatement en pleine métaphysique.

En effet à quel titre l'homme posséderait-il des droits, qui s'imposeraient au respect du législateur lui-même ?

Deux réponses peuvent être faites et toutes deux sont d'ordre extra-expérimental.

Ou bien l'homme possède ces droits en vertu de « l'éminente dignité de la personne humaine » et par cela seul qu'il est homme. C'est la théorie de l'immanence du Droit dans l'homme ou, si l'on veut, c'est la métaphysique de l'absolu humain. L'homme étant à la fois le principe et la fin du Droit, toutes ses prérogatives sont absolues, imprescriptibles et sans limites. Des

limites ! pourquoi y en aurait-il, puisque ces droits individuels l'homme les tient de la nature même ? Vous reconnaissez dans ces quelques formules l'idéologie révolutionnaire, dont s'est alimentée exclusivement la pensée juridique en France pendant près de cent ans.

Ou bien l'homme a des droits parce qu'il a des devoirs a remplir, parce qu'il a des fins à poursuivre. Les deux idées se combinent d'ailleurs, car c'est en remplissant ces devoirs qu'il atteindra ces fins. Ces droits individuels trouvent leur mesure précisément dans les devoirs qui leur correspondent, comme le moyen par rapport au but. Ce sont là les grandes lignes de l'ordre juridique chrétien.

A moins de se réfugier dans l'agnosticisme, ces deux conceptions sont les seules qui se présentent à l'esprit. Par le fait même qu'elles apportent une solution au problème des destinées humaines, elles sont obligées de recourir à des notions transcendentales. Toute recherche de finalité et d'ordre métaphysique ne peut trouver appui dans les données de l'expérience.

On comprend donc parfaitement pourquoi

M. Duguit dans la position du problème du Droit a abandonné résolument le point de vue subjectiviste.

Pour lui la question : existe-t-il un droit préexistant et supérieur à la loi ne peut être entendue que dans un sens. Existe-t-il un droit objectif ? Existe-t-il des règles de vie sociale dont le respect doive être assuré par la contrainte ? Remplaçons la question de l'immanence du Droit dans l'individu et la métaphysique de l'absolu humain par la question de l'immanence du Droit dans la société, ou, plus exactement, dans les conditions indispensables à la vie et au progrès de la société.

Reste à savoir si cette autre immanence ne nous entraîne pas comme la première en pleine métaphysique. S'il en était ainsi, le point de départ adopté par M. Duguit perdrait son principal avantage.

Or il n'apparaît pas que le chef du positivisme juridique ait soupçonné que cette question pût être soulevée. « De ce point de vue objectiviste, dit-il, le problème du Droit se pose aisément » (*Droit const.* 2e éd. I, p. 11). Et

comme le donne à entendre le contexte, dire que le problème se pose aisément signifie pour Duguit qu'il se pose de façon à être résolu par les seules données de l'expérience.

Suivons avec attention son raisonnement pour en surprendre à l'occasion les défaillances. Je n'entends donner à cette conférence d'autre plan que l'examen successif des infidélités de M. Duguit à sa méthode.

« Il reste acquis, dit-il, non point comme postulat mais comme constatation directe que l'homme est un être conscient et sociable. Cela posé on aperçoit immédiatement la nécessité d'une loi s'imposant à l'homme vivant en société. — Par cela seul il y a des sociétés humaines, il y a une loi sociale. Affirmer que l'homme est un être social, qu'il vit en société et qu'il ne peut vivre qu'en société, c'est affirmer en même temps l'existence d'une loi sociale » (*Eod. loc.*, p. 12).

J'avoue que ces lignes, que j'ai souvent relues, me causent toujours la même et profonde surprise. De l'existence d'êtres sociaux conclure à la nécessité de lois sociales n'est-ce

pas affirmer implicitement que l'on croit à un ordre général dans l'univers ? N'est-ce pas un acte de foi dans une volonté qui a établi cet ordre ? Cet acte de foi, remarquez-le, on le retrouve dans tout raisonnement par induction. C'est parce qu'on fait confiance à un ordre universel que l'on se croit autorisé, après l'observation bien conduite d'un certain nombre de cas particuliers, à affirmer la constance et la généralité d'un rapport de cause à effet, auquel on donne le nom de loi. Dans le passage que je viens de citer l'acte de foi jaillit plus immédiatement : il y a des sociétés, donc il y a des lois sociales ! Avons-nous donc une expérience intégrale qui nous permette d'affirmer que tous les phénomènes observables sont et resteront soumis à des lois. Et si nous n'avons pas cette expérience intégrale, mais seulement une expérience fragmentaire, n'est-ce point sous l'influence d'une conception transcendentale que nous nous laissons entraîner à une conclusion qui déborde nos prémisses et comble les lacunes de notre expérience !

Ce raisonnement était déjà depuis longtemps

en forme dans mon esprit, quand j'ai pris connaissance d'un article de mon collègue et ami M. Le Fur, publié dans la Revue *Les Lettres* sous le titre « le Fondement du Droit ». J'y relève le passage suivant dont je suis heureux d'invoquer l'autorité, car la même argumentation y est reproduite, les termes seuls diffèrent : « Le savant qui veut rester sur le terrain de la science exacte peut se contenter de la notion de « loi naturelle » mais il est trop clair que, dès qu'on la presse, cette expression est vide de tout sens : elle n'explique rien à moins qu'on ne prétende par là affirmer que la nature a un but conscient et une volonté souveraine, c'est-à-dire qu'on la divinise. Puisqu'il n'est pas de science sans l'idée de cause efficiente rien ne peut empêcher l'homme de remonter de cause en cause jusqu'à la cause première — appelée aussi cause finale parce que c'est elle qui explique tout — c'est-à-dire à Dieu. Donc pour les prétendues lois naturelles, comme pour toute autre loi, il n'y a pas de loi sans une volonté qui la pose. »

J'ose donc dire que M. Duguit, adversaire

acharné de toute métaphysique, commence par donner comme base au positivisme juridique un postulat métaphysique.

Poursuivons notre examen, puisque nous n'avons pas d'autre plan.

Après avoir considéré comme acquis qu'il doit y avoir des règles de vie sociale du moment qu'il y a des sociétés humaines, il s'agit de dégager ces règles par l'observation.

A supposer que l'observation nous permette de constater qu'il y a non pas une mais plusieurs règles de vie sociale, un bon positiviste ne saurait se permettre de formuler sur ces règles un jugement de valeur qui le conduirait à faire un choix entre elles. De quoi pourrait s'inspirer en effet un pareil jugement, sinon d'un parti pris métaphysique sur ce qu'il faut entendre par progrès social ? Un bon positiviste, je le répète, doit se contenter d'enregistrer les diverses lois sociales qu'il constate, tout au plus pourra-t-il se permettre d'exprimer le regret que ces lois entrant parfois en antagonisme, il est impossible de combiner leur application.

Or l'initiateur du positivisme juridique est loin de s'être maintenu dans ces sages limites.

Il a fait choix parmi ces règles de vie sociale dont l'observation lui a permis la constatation. A vrai dire il n'y en a qu'une qui compte pour lui, toutes les autres sont laissées dans l'ombre ; c'est la règle de la solidarité ou de l'interdépendance.

J'ai déjà fait dans ma dernière conférence, à propos de la question du droit naturel objectif, la critique de ce procédé. Mais je ne puis me dispenser de vous la rappeler, — très brièvement d'ailleurs, — car nous sommes en présence d'un des postulats métaphysiques les plus évidents du positivisme juridique.

Pourquoi ce parti pris en effet ? L'observation ne révèle-t-elle pas qu'il y a d'autres lois sociales importantes que celle de la solidarité et notamment, et avant tout, la loi de concurrence vitale aboutissant à la sélection des mieux doués, qui me paraît aussi grosse de progrès social que la loi de solidarité. N'est-ce pas cette loi de concurrence vitale que nous voyons s'appliquer dans l'expansion coloniale

des peuples civilisés et dans l'immigration qui submerge et transforme la population des pays à faible natalité ?

Pourquoi lui préférer la loi de solidarité surtout à une époque où, la valeur morale des individus déclinant, il semble que l'accroissement de leur interdépendance ne puisse être envisagé sans de graves inquiétudes ?

Je sais bien que M. Duguit se défend de faire en cette occasion un jugement de valeur. Je relève dans son ouvrage *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* le passage suivant : « La règle de droit fondée sur la solidarité sociale ne dit pas à l'homme : fais cela parce que c'est ton bien, parce que c'est utile, parce que ton bonheur en dépend. Elle lui dit fais cela, parce que cela est » (*Loc. cit.*, p. 6). Je vous dirai plus tard ma façon de penser sur la valeur de ce singulier impératif. Pour le moment je n'en retiens que ceci. M. Duguit nous invite à coopérer à la loi de solidarité parce qu'elle *est*.

Mais la loi de concurrence vitale, elle aussi, *est*. Dès lors pourquoi nous imposer de coopérer à l'une plutôt qu'à l'autre ?

La question reste entière. Nous sommes toujours fondés à croire que la préférence exprimée en faveur de la loi de solidarité ne s'explique que par l'influence d'un idéal que la simple constatation des réalités est impuissante à suggérer.

En résumé, sur le chemin que nous avons déjà parcouru en compagnie du positivisme juridique, nous nous sommes déjà heurtés à deux postulats métaphysiques, sans lesquels resteraient radicalement inintelligibles :

1° L'affirmation qu'il existe des normes sociales ;

2° Le choix qui est fait de telle norme sociale comme fondement du droit objectif.

Reprenons maintenant l'examen de la théorie au point où nous l'avons laissé. Nous nous trouvons alors en présence de la question suivante : comment expliquer, je dirai mieux, comment justifier la force obligatoire de la règle juridique fondée sur la coopération à la solidarité ? C'est sur ce point que le positivisme juridique a subi les attaques les plus vives : c'est de ce côté qu'il a semblé dès

l'abord particulièrement vulnérable. Cette polémique remonte à plus de quinze ans. Tout l'effort des adversaires du positivisme a tendu à montrer qu'il était impossible de dégager un impératif des données de l'expérience. Pour employer l'heureuse formule d'Henri Poincaré (*Dernières pensées* : « La morale et la science », p. 225), les vérités expérimentales ne sont jamais qu'à l'indicatif. Or lorsque les prémisses d'un syllogisme sont toutes deux à l'indicatif, la conclusion est nécessairement à l'indicatif. C'est dans ce saisissant raccourci que peuvent se résumer toutes les argumentations dirigées sur ce point contre le positivisme juridique. Il me suffit pour le prouver des deux exemples suivants empruntés aux contradicteurs les plus autorisés de Duguit, Michoud et Gény.

Voici d'abord un passage d'une lettre écrite par Michoud au doyen de Bordeaux et que celui-ci a très loyalement reproduite dans un appendice de son livre *Les Transformations du droit privé.* « En vous disant que vous-même vous n'y échappiez pas (au reproche de méta

physique), je faisais allusion à votre théorie de la règle de droit qui très certainement dépasse les données de l'expérience, car celles-ci nous montrent le fait de la solidarité, mais nullement l'obligation pour nous d'observer une règle en dérivant plus ou moins directement. Pour démontrer cette obligation, il faudrait démontrer non seulement qu'elle est nécessaire à l'existence et à la prospérité des groupements humains et à l'humanité elle-même, mais encore que nous sommes obligés de travailler à cette existence et à cette prospérité. Est-ce vraiment possible sans recourir à des notions transcendentales ? »

La même objection est formulée par Gény dans son grand ouvrage sur *Science et technique en droit privé.* « Si habilement qu'on la présente, la prétendue solidarité n'est en soi qu'un fait. Or il faudrait nous démontrer comment ce fait, à le supposer même incontesté, engendre légitimement l'obligation de le maintenir et de le développer. Vainement nous laisse-t-on entendre que la solidarité apparaissant comme une condition essentielle de

la vie en société, l'homme qui ne peut se passer de cette vie est conduit par là même à pratiquer la solidarité : nous demandons toujours comment cette nécessité de fait se mue en nécessité de droit. » (*Loc. cit.*, t. 2, p. 263.)

Duguit, en répondant à ces critiques, s'est toujours refusé à se placer sur le même terrain que ses contradicteurs. Il ne s'accorde pas avec eux sur le sens qu'il faut donner à la force obligatoire de la règle juridique « Quand je parle, dit-il, d'une norme s'imposant aux hommes et fondée sur le fait social, j'ai eu en vue une règle qui s'impose à eux en fait, qui ne modifie en aucune façon le caractère de leur être, la substance de leur volonté, qui n'établit point une hiérarchie des volontés » (*Droit constitutionnel*, I, p. 18). Il va même jusqu'à assimiler la loi de solidarité à celle de la gravitation « Quand une pierre tombe du haut d'une tour je dis qu'elle obéit obligatoirement à la loi de la chute des corps, en disant cela je ne formule pas je suppose une proposition d'ordre transcendental. Je n'en formule pas davantage quand je dis que l'homme doit obli-

gatoirement obéir à la loi de l'interdépendance sociale. »

J'ai toujours été surpris que le doyen de Bordeaux dont je connais la passion pour la clarté et l'aversion pour l'équivoque se soit contenté d'un pareil raisonnement. Il aurait dû être le premier à s'apercevoir qu'il est inconciliable avec la conception que lui-même nous propose de la loi sociale. « La loi sociale, nous dit-il, ne peut pas être une loi de cause, puisqu'elle s'applique aux actes volontaires et conscients de l'homme. Elle ne peut être qu'une loi de but, une règle, une norme qui dirige et limite l'activité consciente et volontaire de l'homme, qui fixe l'objet et le but de son vouloir (*Droit constitutionnel*, I, p. 15). La formule est excellente et nous en sommes d'accord : mais alors pourquoi cette assimiliation entre la pierre qui tombe et l'homme qui obéit à la loi de solidarité ? Dans le premier cas n'est-ce pas une loi de cause qui s'applique et dans le second cas au contraire une loi de but ? Non seulement les deux situations ne sont pas assimiliables, mais elles ne sont même pas com-

parables, puisque, Duguit nous le dit lui-même, l'obéissance de l'homme à la loi de solidarité demeure une obéissance consciente et volontaire ; c'est un acte de coopération.

Et cette coopération est libre, puisque, nous venons de le voir, la norme sociale « ne modifie en aucune façon la substance de la volonté ».

J'entends bien que Duguit se défend de prendre parti sur la question du libre arbitre, sur ce qu'il appelle la liberté métaphysique. Il est possible qu'elle existe, dit-il, mais elle « échappe à la prise des sens ». Ce qui est sûr, c'est que « si elle existe, elle reste intacte malgré l'application de la loi » (*Droit constitutionnel*, I, p. 20).

Ce qui est sûr également, toujours d'après M. Duguit, c'est que « l'homme a conscience qu'il aurait pu ne pas choisir le but qui finalement l'a déterminé. Peu importe que ce soit une illusion. Le fait est là : il n'y a pas un homme au monde qui ne reconnaisse qu'il avait le sentiment très net qu'il aurait pu se déterminer par un autre but que celui qu'il a choisi, faire une autre chose que celle qu'il a faite » (*Eod. loc.* p. 15).

Voilà une série d'affirmations qui se côtoient dans le *Traité de Droit constitutionnel.* Je ne me demande pas si elles sont parfaitement cohérentes et si, par exemple, on est fondé à dire que la liberté échappe à la prise des sens alors que l'on reconnaît à tout homme le sentiment très net qu'il eût pu agir autrement qu'il n'a fait.

Non, de tout ce qui précède je retiens seulement ceci. L'homme en coopérant à la loi d'interdépendance sociale a nettement conscience qu'il pourrait n'y pas coopérer.

Alors pourquoi y coopère-t-il ?

Et cette question je la pose aussi bien pour le législateur qui élabore le droit positif que pour le juge qui l'applique, que pour le simple citoyen qui se détermine à un mode quelconque d'activité.

La première réponse du positivisme juridique est celle-ci : « Il faut coopérer à la solidarité parce que cela est. » Nous avons déjà été mis en présence de cet « impératif un peu gros et d'ailleurs inintelligible » comme dit M. Archambault dans son *Essai sur l'individualisme.* Il s'agissait alors de montrer que la solidarité

n'étant pas la seule chose qui *soit*, le choix que Duguit avait fait d'elle, pour servir de fondement à la règle juridique, ne pouvait s'expliquer que par une suggestion d'ordre extra expérimental.

Mais maintenant, le débat porte sur un autre point. Ce que je conteste, c'est la valeur même d'un impératif tiré de l'existence d'un fait social quelconque, que ce soit la solidarité ou la concurrence vitale. Suffit-il donc qu'une chose soit pour que nous soyons obligés à la faire être davantage. De ce qu'une loi sociale existe, s'ensuit-il que nous ayons le devoir de multiplier ses cas d'application, sans nous préoccuper de ce qui pourra en résulter, tout jugement de valeur nous étant interdit. Voyez à quelles absurdités conduirait une pareille méthode appliquée par exemple aux lois de limitation.

N'est-il pas au contraire arrivé bien souvent que, par la connaissance des lois naturelles, sociales, biologiques ou physiques, l'homme n'a cherché que le moyen de s'en affranchir ? C'est même, au dire des bons esprits, en cela que consisterait le progrès.

Vraiment la maxime : « Fais cela parce que cela est » n'est pas une base que l'on puisse proposer pour une philosophie de l'action, à moins d'avoir une arrière-pensée.

Cette arrière-pensée, je crois la deviner et je doute que Duguit puisse la faire intervenir au débat sans une nouvelle infidélité à la méthode positive. Encore un postulat métaphysique ! S'il faut faire cela parce que « cela est », c'est que l'homme n'a pas à poursuivre de fins individuelles : simple cellule dans un organisme l'individu est absorbé dans la société, il fait partie d'un mécanisme dont le fonctionnement s'impose à lui et échappe à sa critique :« Aujourd'hui, dit M. Duguit, dans son livre sur les *Transformations du droit privé*, nous avons la conscience très nette que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale » (p. 157). De pareilles affirmations ne se discutent pas ; je dirai seulement qu'elles surprennent, je ne savais pas le fossé si étroit entre le positivisme et le mysticisme !

En tous cas que cette maxime « fais cela parce que cela est » ait toujours la faveur de M. Duguit, j'ai tout lieu de le croire, puisqu'il continue à en faire état dans la dernière édition de son *Traité de Droit constitutionnel.* Elle a sa place dans les premières pages : cependant plus loin ce n'est pas elle qu'il invoque quand il cherche à expliquer la force obligatoire propre à la norme juridique (p. 63 et s.).

« Quand, dit-il, certains actes sont accomplis et qu'ils apparaissent à la conscience individuelle comme portant à la fois atteinte à la solidarité sociale et au sentiment de justice de l'époque et du groupe, ils apparaissent comme la violation d'une norme qui a dès lors le caractère juridiquement obligatoire, parce qu'il apparaît à tous légitime et nécessaire que les voies de droit organisées soient mises en mouvement pour réaliser la sanction de la règle. Cela, et cela seulement, constitue la force obligatoire de la règle de droit. »

Et plus loin voici qui est encore plus net (p. 71). « Si elle (la règle juridique) a une force

obligatoire, ce ne peut être qu'au sens expliqué, c'est-à-dire une force consistant en ce qu'elle est sanctionnée, garantie par la mise en mouvement de la contrainte sociale. »

Ainsi donc la maxime « fais cela parce que cela est » se trouve complétée par cette autre « ne fais pas cela parce que, si tu le fais, tu t'exposeras à une réaction socialement organisée ». Grâce à cet opportun complément, j'avoue que je comprends beaucoup mieux la force obligatoire de la règle juridique. Les saisies, la prison, les huissiers, les gendarmes ! Il ne m'en faut pas tant pour me réduire à l'obéissance. Décidément Duguit avait raison de dire que la soumission à la loi sociale « laisse intacte la substance du vouloir » s'incliner devant la contrainte sociale, ce n'est pas reconnaître à la norme une force obligatoire intrinsèque.

Mais nous tombons dans le badinage. Je n'hésite pas à dire que la faute en est à Duguit que son goût pour les formules tranchantes et trop générales a poussé à travestir sa véritable pensée.

Evidemment, pour le simple citoyen, c'est la contrainte sociale beaucoup plus que l'adhésion de sa conscience qui conférera à la règle juridique sa force obligatoire.

C'est à l'égard du législateur et d'une façon générale à l'égard de tous ceux qui coopèrent à l'élaboration du droit positif qu'il faut envisager cette force obligatoire, si l'on veut poser la question d'une façon utile et ne pas aboutir à des puérilités. Comment le législateur est-il amené à reconnaître à une norme sociale le caractère juridique? En d'autres termes quels motifs le décident à garantir l'observation de cette norme par une contrainte socialement organisée ?

Vous voyez que je renverse ainsi les termes de la question : je prends le contrepied de la formule imprudente contenue dans la dernière citation que je viens de rapporter, et en ce faisant je suis convaincu de poser le problème comme Duguit entendait le poser. Au lieu de dire : si la règle juridique a une force obligatoire, c'est parce que sa violation met en mouvement la contrainte sociale ; supposons qu'il

ait dit au contraire : si l'intervention de la contrainte sociale paraît opportune, c'est que l'on découvre dans la norme sociale un caractère obligatoire qui la classe parmi les règles juridiques.

Il est bien entendu, si l'on veut rester fidèle à la méthode positive, que ce caractère obligatoire ne doit pas nous être suggéré par des notions transcendentales : la métaphysique reste consignée à la porte.

Il faut en conclure que le critérium du caractère obligatoire doit être extrinsèque à la règle. L'idée d'obligation ne doit pas être impliquée dans la règle elle-même, sans quoi nous serions rapidement ramenés à la métaphysique.

Quel est donc ce critérium ?

Une norme sociale revêt le caractère juridique au moment où, dans une société déterminée,la masse des esprits a le sentiment que le respect de cette règle s'impose au nom de la solidarité et de la justice à tel point que sa violation doit entraîner une sanction socialement organisée. C'est à ce moment là que le devoir

du législateur est de la faire passer dans le droit positif.

Je signale en passant cet appel au sentiment de justice que l'on va faire collaborer avec le sentiment de socialité pour la formation de la norme juridique. C'est un élément nouveau qui va se combiner avec la solidarité pour élargir le fondement du droit objectif. Avec sa franchise habituelle, Duguit reconnaît qu'il avait eu le tort dans ses travaux antérieurs de ne pas lui donner assez d'importance. Il le met maintenant en relief, mais il a bien soin de nous prévenir qu'il faut se garder d'y voir une notion du juste en soi, mais un simple sentiment de justice, c'est-à-dire « une notion plus ou moins vague que les hommes se forment à une époque et dans un groupe donnés de ce qui est juste ou injuste » (*Eod. loc.*, p. 50).

N'espérons pas d'ailleurs trouver plus de précision dans le sentiment de socialité. Duguit nous dit lui-même que, si, pour la solidarité il a également parlé de sentiment et non de notion, « c'est que pour la grande masse des hommes cette idée de solidarité sociale est mal

définie, elle est une perception obscure, à moitié inconsciente » (*Eod. loc.*, p. 46).

Ainsi donc, notion plus ou moins vague d'un côté, perception obscure de l'autre, c'est de cet amalgame que le positivisme juridique fait un critérium pour l'élaboration du droit positif.

Si le législateur n'en est point satisfait, avouez qu'il est vraiment difficile.

Il me paraît inutile de reproduire ici, contre le positivisme juridique, une démonstration que j'ai dirigée dans ma précédente conférence contre les partisans du droit naturel à base de philosophie traditionnelle. Impossible, ai-je dit, de tirer de ce droit naturel des directions précises et indiscutées sur l'organisation de la famille, l'organisation professionnelle, les limites du *jus in se ipsum*, en un mot sur les problèmes les plus importants que soulève l'élaboration du droit positif. J'estime qu'on ne trouvera pas plus de ressources dans la notion *vague* de solidarité, associée à la perception *obscure* de la justice. Chaque solution proposée pourra dans une certaine mesure s'en réclamer

et finalement c'est un parti pris métaphysique inconscient qui fera pencher le plateau de la balance.

Prenons seulement deux exemples. La loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce et la loi du 5 avril 1910 instituant les retraites ouvrières et paysannes.

Est-il vrai qu'en 1884 les écrivains et les hommes politiques qui ont fait campagne pour le divorce aient eu conscience que cette réforme était imposée par le sentiment de socialité et le sentiment de justice? Si, à la rigueur, ils pouvaient se réclamer d'une certaine justice en se plaçant au point de vue individualiste, il me semble difficile qu'ils aient pu invoquer le sentiment de socialité en faveur d'une réforme qui désorganisait les familles. En tout cas si, comme le dit Duguit, « le droit tire exclusivement sa force de l'adhésion des consciences individuelles » (*Eod. loc.*, p. 97), il est permis d'affirmer que la loi du 27 juillet 1884 fait exception à la règle. C'est un fait généralement reconnu que ce n'est pas sous la contrainte de l'opinion publique que le divorce

a été réintroduit dans notre code civil. La masse y était indifférente et la majorité parlementaire qui vota cette réforme n'y était certes pas contrainte par des promesses électorales. En dépit de ces contre-indications, le principe du mariage dissoluble s'est classé facilement parmi les règles juridiques, la loi a formé ou plus exactement déformé les mœurs et le divorce a poussé chez nous de profondes racines.

A l'inverse, s'il est une innovation législative à laquelle l'opinion fut depuis longtemps préparée c'est bien à l'institution des retraites ouvrières. Il semblait bien que « l'adhésion des consciences individuelles » lui était acquise et, d'autre part, était-il une réforme plus nettement postulée par le sentiment de socialité et par le sentiment de justice. On sait pourtant quel a été le sort de la loi du 5 avril 1910 et à quelle lamentable disproportion nous sommes parvenus entre les espoirs et les résultats. Ce n'est pas, comme le pense Duguit, que la « norme de la retraite obligatoire n'ait pas encore pénétré les esprits ». C'est tout simple-

ment qu'on a eu l'imprudence de décréter l'obligation sans organiser la sanction : et alors les salariés qui s'étaient bercés de l'illusion, entretenue par quelques politiciens, qu'ils bénéficieraient d'une retraite sans avoir la charge d'y contribuer se sont désintéressés d'une loi qui faisait appel à leur collaboration. Et ils ont pu le faire en l'absence de tout moyen de contrainte, le législateur ayant tout prévu, sauf l'indifférence de ceux-là mêmes pour qui la loi était faite. Chose curieuse, voilà un cas où la contrainte eût été opportune pour compléter la force obligatoire de la règle juridique. Duguit ne paraît pas s'en être aperçu et n'invoque l'exemple de la loi de 1910 que pour en tirer un argument d'un autre ordre et d'ailleurs tout à fait inopérant. Nous sommes en pleine incohérence !

Je crois avoir suffisamment prouvé que pratiquement, pour l'élaboration du droit positif, il ne faut rien attendre d'un critérium aussi flou que celui que le positivisme juridique prétend tirer des sentiments de socialité et de justice. J'ajouterai, maintenant, me plaçant à

un point de vue rationnel, qu'un pareil critérium ne me semble guère conciliable avec les exigences de la méthode positive. Pour saisir toute la portée de ma critique, il faut se souvenir que Duguit a été — et je ne saurais trop l'en féliciter — un merveilleux démolisseur de la personnification des collectivités. L'âme nationale, la volonté collective, la conscience sociale, toutes ces conceptions qui ont pris corps — c'est le cas de le dire — aux yeux des sociologues, ne représentent pour lui que de « simples vues de l'esprit » (*Eod. loc.*, p. 59). En fait il n'y a que des volontés et des consciences individuelles. Mais alors, s'il est brisé ce fétiche du moi social, de l'être collectif, qui s'il avait existé eût été évidemment supérieur au moi individuel et eût eu le pouvoir de conférer le caractère juridique à des règles de conduite, comment comprendre que nous devions nous incliner devant l'autorité de consciences individuelles, alors même qu'elles se grouperaient en masse pour donner leur adhésion à une règle et lui reconnaître la force obligatoire ?

Comment le comprendre sans faire intervenir une hiérarchie des volontés ? Or Duguit lui-même nous a dit que toute hiérarchie des volontés implique une suggestion métaphysique. Comment le comprendre sans un acte de foi — inconscient si l'on veut — en un instinct obscur des masses qui les oriente vers ce qui fait vivre les sociétés et les écarte de ce qui les fait mourir ? Et ici encore n'abordons-nous pas à une rive métaphysique ?

Sans m'appesantir sur cette critique, je veux en terminant faire apercevoir une dernière conséquence de cette maxime que « le droit tire exclusivement sa force de l'adhésion des consciences individuelles », et cela, à seule fin de rechercher si le positivisme juridique l'a pleinement acceptée, et de montrer, s'il ne l'a pas acceptée, qu'il n'a pu l'écarter que grâce au secours d'une notion transcendentale. J'aurai ainsi épuisé l'étude des postulats métaphysiques sur lesquels repose une doctrine qui fait profession de les répudier tous.

Si le droit tire exclusivement sa force des consciences individuelles, il faut en déduire, ce

me semble, que la tâche du législateur se réduit à enregistrer les règles juridiques au fur et à mesure qu'il constate,ou croit constater,qu'elles ont obtenu cette adhésion. L'adhésion que rencontre une règle aujourd'hui peut lui être retirée demain, quitte à lui être rendue plus tard.Quelle est la législation qui n'offre pas l'exemple de ces oscillations pendulaires ? On ne saurait donc admettre qu'il y ait dans le Droit d'un peuple un corps de principes intangibles écrits ou non écrits qui s'imposeraient au respect de tout législateur, tout fort qu'il fût de l'adhésion des consciences individuelles. Le positivisme juridique ne peut se permettre aucun jugement de valeur sur ces règles qui bénéficieront tour à tour de cette adhésion et dont la succession — parfois même le conflit — reflétera les variations des sentiments de socialité et de justice. Tout jugement de valeur impliquerait en effet un parti pris de métaphysique. Il faut donc nous résigner au droit au contenu indéfiniment variable et renouvelé.

Or cette résignation, M. Duguit est loin de l'avoir, et nous devons le compter parmi les

partisans les plus déclarés d'une superlégalité voire d'une superconstitutionnalité. Il admet l'existence « d'un principe supérieur du droit *inscrit ou non* dans une loi supérieure à la loi ordinaire » (*Traité de Droit constitutionnel*, III, p. 660). Il est à ses yeux des règles auxquelles aucun législateur ne peut porter atteinte sous peine de faire « une loi sans valeur, une loi sans force exécutoire ». Ces règles sont déposées dans nos Déclarations des Droits, étrange affirmation, soit dit en passant, chez un négateur des droits subjectifs. Elles sont également suggérées par « la conscience collective du peuple dans les conditions, dit-il, que j'ai essayé de déterminer au chapitre Ier du tome Ier », c'est-à-dire en observant dans cette conscience les réactions des sentiments de socialité et de justice ».

Voilà certes des éléments bien précaires et bien changeants pour constituer une superlégalité. Voilà un attachement bien singulier de la part d'un promoteur du Droit *social* pour ces monuments de l'individualisme juridique que sont nos Déclarations des Droits.

Si, comme il le professe dans son livre sur les *Transformations du Droit privé* cet individualisme a fait son temps, pourquoi en déclarer les principes intangibles et les placer au-dessus des lois ? Et si je signale ces inconséquences ce n'est pas pour le plaisir de relever des contradictions chez un esprit vigoureux cependant et d'une haute sincérité scientifique, c'est parce que les contradictions de l'homme sont une conséquence immédiate des insuffisances du système. Il n'est pas possible de dégager de l'absolu des simples données de l'expérience ; il n'est pas possible d'assigner des directions intangibles à des lois que l'on qualifie de lois de but alors que par ailleurs (t. I, p. 72) on déclare : « Que les sociétés humaines tendent à une certaine fin, c'est possible, je ne le nie pas, mais j'ignore quelle est cette fin ». Acculer à cette antinomie le positivisme juridique, c'est la revanche de la métaphysique.

TROISIÈME CONFÉRENCE

Réalisme et Conceptualisme

RÉALISME ET CONCEPTUALISME
LA PERSONNALITÉ MORALE

Au début de ma première conférence, lorsque j'ai voulu par une formule simple définir l'orientation actuelle de la science du Droit, j'ai dit que la tendance dominante de la pensée juridique était de rapprocher le Droit des faits, tendance au réalisme ai-je dit, et je vous ai prié d'attendre notre dernier entretien pour nous placer en face de ce terme, le réalisme juridique, et nous demander à quoi il peut bien correspondre.

Rapprocher le Droit des faits, ce n'est pas, nous l'avons vu, faire sortir le Droit des faits. Je crois vous avoir montré que le positivisme juridique avait échoué dans cette tentative et que le problème de la finalité du Droit ne pouvait être résolu sans le secours de la méta-

physique : ce serait une grave erreur de mettre au compte du réalisme juridique cet échec du positivisme. Il n'y a aucune incompatibilité entre la métaphysique et la tendance au réalisme.

Qu'est-ce donc que le réalisme juridique ? Consiste-t-il seulement à adapter le Droit à la vie, à ne pas perdre de vue dans les constructions juridiques les besoins pratiques auxquels elles doivent correspondre, à donner à nos institutions toute la plasticité qu'exigent les transformations de notre vie sociale et de notre vie économique? C'est ainsi que le mandat domestique de la femme mariée, la notion de risque professionnel en matière d'accidents du travail, celle de l'abus de droit, l'institution d'un salaire minimum pour les ouvrières à domicile, seraient des conquêtes du réalisme juridique.

Ce serait là une conception beaucoup trop vague du réalisme. Elle ne suffirait pas à faire comprendre les contrastes qu'il forme avec la tendance qu'on a l'habitude de lui opposer et qui s'appelle le conceptualisme.

Il me semble que ce qui sépare le réalisme du conceptualisme, c'est la question de savoir ce qu'il faut entendre par une réalité. Tout le monde est d'accord pour reconnaître que les constructions juridiques doivent prendre pied sur le réel. Qu'est-ce que le réel ? Ce mot prend-il dans la science du Droit une signification particulière et laquelle ?

Il ne serait pas d'une bonne méthode de chercher directement une réponse à cette question. Il convient au préalable d'examiner les circonstances dans lesquelles elle a été posée, elles nous éclaireront sur sa portée exacte.

En France le débat du réalisme et du conceptualisme a pris naissance entre Duguit et Saleilles. Il a continué après la mort de Saleilles, le conceptualisme ayant trouvé d'autres défenseurs. Il gravite autour de trois notions, la notion de Sujet de Droit, celle de Droit subjectif et celle de Personnalité morale.

Pour Duguit le droit subjectif n'est qu'une hypothèse métaphysique, donc le terme de sujet de droit ne saurait être employé pour signifier le titulaire d'un droit subjectif, il ne

peut servir qu'à désigner « l'être qui est soumis aux règles du droit objectif » (*Droit const.*, I, p. 319). Quant à la notion de personnalité morale, il faut l'abandonner conplètement, puisque, d'une part, comme titulaire de droits subjectifs la personne morale n'a plus de raison d'être et que, d'autre part, l'homme individuel, seul, doué d'une volonté consciente peut être sujet de droit objectif.

Comment Duguit justifie-t-il ces éliminations et, si je puis ainsi parler, ces suppressions de poste dans le monde des concepts juridiques? « Je n'admets comme réel dans le monde social comme dans le monde physique que ce que je constate par l'observation directe : et tout ce que je constate ainsi,je l'admets comme réel.Il n'y a de réel que l'observable et tout l'observable est réel. Tel est le postulat indispensable de toute science. Mais il ne faut pas aller au delà ». Or, ajoute Duguit, mais ici je me permets de paraphraser et je ne cite plus, je constate l'existence de règles sociales dont la violation provoque une réaction. L'homme est sujet de droit objectif en tant qu'il est soumis à l'observation

de ces règles. C'est tout ce que j'aperçois. L'observation ne m'a jamais permis de constater l'existence d'un droit subjectif ayant un bénéficiaire et un assujetti. Cela c'est un concept. A plus forte raison n'ai-je pas constaté par l'observation l'existence de la personnalité juridique chez des individus, encore moins dans des collectivités, des organismes ou des institutions. Cela encore c'est un concept.

Sont donc conceptualistes tous ceux qui prétendent élaborer du droit positif par le jeu ou la combinaison de ces concepts, sans s'en tenir aux seules réalités observables.

A quoi Saleilles répond notamment dans son livre sur la personnalité juridique, et là encore je paraphrase sans citer, pour mieux adapter la riposte à l'attaque : Il y a réalité et réalité. Les réalités juridiques ne sauraient être confondues avec les réalités naturelles ou matérielles. Elles s'en distinguent en ce qu'elles comportent toutes un élément conceptuel. Le plus absolu, le plus radical des réalismes juridiques est obligé de recourir à cet élément

conceptuel. Il est donc lui aussi et par la force même des choses un conceptualisme. — Il ne faut donc pas dénier aux notions de droit subjectif ou de personnalité morale le caractère des réalités juridiques, parce qu'elles renferment un élément conceptuel, du moment qu'elle expriment en même temps un réel extérieur. C'est seulement « si le concept se dégage complètement du réel, s'il est traité pour lui-même comme entité logique, décidément isolé de la vie » (Gény, *Science et technique*, III, 195), qu'il se réduit à n'être plus qu'un élément de technique juridique et si, comme tel, nous estimons qu'il est utile et qu'il contribue à une meilleure adaptation des droits à leur destination, nous n'hésiterons pas à en faire usage sans nous inquiéter de l'accusation de conceptualisme.

Voilà donc les silhouettes des adversaires dressées sur leurs positions respectives. Si le débat est devenu moins obscur, je me rends bien compte qu'il n'est pas encore suffisamment clair, aussi vais-je poursuivre en prenant des exemples où ce qu'il y a de contradictoire

dans ces conceptions apparaîtra avec plus de netteté.

Mais tout d'abord ne soyons pas dupes des mots. Sachons reconnaître que toute science est établie sur des concepts. Une loi physique est un concept. Un théorème de géométrie en est un également. Voici un triangle, sur une feuille de papier, j'en dessine un autre à côté qui lui est égal ou semblable, immédiatement surgit entre les deux figures un rapport de similitude ou d'égalité, qui ne modifie en rien le premier triangle. Ce rapport, en tant que rapport, c'est notre esprit qui le crée, c'est un concept.

Ne nous étonnons donc pas que la science du Droit ne soit elle aussi qu'un vaste conceptualisme. Toute science est essentiellement une connaissance des rapports que les choses ont entre elles, rapport de causalité, de similitude, de concomitance, de finalité, etc. Or ces rapports sont des concepts.

Dès lors si l'on emploie le mot conceptualisme dans son sens obvie et sans aucune pensée péjorative, les réalistes les plus intransigeants

eux-mêmes ne pourront méconnaître qu'un système juridique, uniquement à base de droit objectif, n'est pas moins un conceptualisme qu'un système juridique à base de droit subjectif.

C'est entendu, le droit subjectif est évidemment un concept. C'est un rapport établi soit entre des individus, soit entre des individus et des choses. C'est un rapport, c'est donc un concept.

Mais n'en est-il pas de même du rapport de droit à base exclusivement objective ? Voici la règle de la solidarité ou de l'interdépendance proposée comme fondement de l'ordre juridique et précepte de vie sociale. Les activités individuelles ne mériteront d'être protégées par voie de contrainte que quand elles s'exerceront conformément à cette règle. Mais cette faculté de déclencher la protection sociale reconnue à l'individu, quand il est placé, comme dit Duguit,dans une « situation juridique subjective », qu'est-elle sinon un concept ? D'ailleurs la solidarité, l'interdépendance ne sont-elles pas elles-mêmes des concepts puisqu'elles sont des rapports ?

Oui, nous répondra-t-on, mais ce sont des concepts tirés de la réalité observable. En les accueillant et en en faisant usage, on ne sort pas du domaine du réel.

Les soi-disant conceptualistes n'en sortent pas davantage quand ils défendent la notion de droit subjectif. Deux individus ont fait un contrat : à la suite de ce contrat, l'un d'eux va devenir créancier d'une prestation quelconque, l'autre en sera débiteur. A défaut de paiement, le créancier pourra recourir à la contrainte sociale : il usera envers son débiteur des voies légales d'exécution forcée. Cette faculté de recourir à la contrainte est quelque chose d'observable, les effets en sont tangibles. Il nous plaît d'appeler cette faculté : droit subjectif ; vous aimez mieux la désigner sous le nom de situation juridique subjective. Laissons pour le moment ce point en dehors du débat, mais ne contestez pas que, pas plus que vous, nous ne sortons du domaine du réel.

La notion de droit subjectif, dites-vous, implique une hiérarchie des volontés contre laquelle vous prononcez l'exclusive par haine

de la métaphysique. Mais cette hiérarchie des volontés, c'est vous qui l'inventez. Nous estimons que le respect des contrats, la sécurité des transactions répondent à une exigence primordiale de la vie sociale. C'est une de ces fins intermédiaires ou subalternes du Droit qui s'imposent à tous les juristes, qu'ils soient positivistes ou métaphysiciens. Voilà pourquoi la force obligatoire des contrats doit être sanctionnée par la contrainte sociale, et, lorsque nous appelons droit subjectif la faculté pour tout créancier de recourir à cette contrainte, ce n'est pas une hiérarchie de volontés que ce terme doit invoquer, mais une hiérarchie d'intérêts. Nous considérons que l'intérêt d'un créancier qui réclame l'exécution d'un contrat est préférable à l'intérêt du débiteur qui cherche à s'y soustraire.

Et cette hiérarchie d'intérêts, nous l'apercevons également dans votre conception de la situation juridique subjective que vous substituez à la notion de droit subjectif. L'intérêt de celui qui se prévaut de cette situation est préférable à l'intérêt de celui qui cherche à la

méconnaître, car la volonté de l'un coopère à la loi de solidarité, tandis que la volonté de l'autre agit en sens contraire. Vous voyez que si nous poussions un peu cette argumentation, nous pourrions vous reprocher à vous aussi de reconnaître une hiérarchie des volontés.

J'irai, je crois, au-devant de vos désirs en arrêtant ici l'exposé de cette controverse byzantine. Je l'ai conduit assez loin pour vous prouver que la notion de droit subjectif est établie sur une réalité observable. Dans cette notion entre évidemment un élément conceptuel qui est le rapport créé entre deux individus par un contrat, mais aussi un élément tangible et observable qui est la procédure coercitive par laquelle ce rapport est sanctionné. Les deux éléments s'associent si étroitement et l'élément conceptuel, le droit subjectif, se dégage si naturellement de l'élément observable, l'action, que c'est ainsi que s'est faite la systématisation du droit prétorien par les jurisconsultes qui ont commenté l'Edit !

Je crois donc que Duguit a mal choisi son point d'attaque. Il a eu tort d'engager sur ce

terrain la lutte contre le conceptualisme entendu dans le sens péjoratif, c'est-à-dire comme un ensemble de constructions juridiques édifiées sur des concepts isolés de la vie et complètement dégagés du réel. On peut rester fidèle à la notion de droit subjectif, tout en se targuant de demeurer profondément et sincèrement réaliste.

Le débat institué par les réalistes ne commence à présenter d'intérêt que lorsqu'ils mettent en cause non plus la notion de droit subjectif, mais des concepts de pure technique juridique.

La technique juridique ? Voilà encore une définition à fournir,et peut être me reprocherez-vous de vous mettre en présence de cette notion si imprécise, alors que je n'ai pas achevé de définir le conceptualisme. Le reproche ne serait pas fondé, car je ne cours pas deux lièvres à la fois et j'espère vous convaincre que c'est en creusant la notion de technique, que nous arriverons à mieux nous rendre compte de ce que c'est que le conceptualisme, dans le sens où l'entendent les réalistes.

Je ne vous égarerai pas dans toutes les définitions qui ont été proposées de la technique, depuis qu'a fait son apparition dans le vocabulaire juridique cette expression qu'Ihering surtout a contribué à mettre en faveur.

A consulter les dictionnaires en usage, la technique est l'ensemble des procédés que l'on emploie dans un art, dans un métier, dans une fabrication. Il y a les principes et puis il y a la technique, au moyen de laquelle on peut faire passer les principes dans la pratique et en organiser l'application la plus efficace, la plus simple, la plus commode suivant le point de vue auquel on se place.

J'estime que cette conception peu compliquée de la technique en général peut nous suffire pour nous donner une idée de la technique juridique, mais avant de vous le montrer, et justement pour vous le montrer plus clairement, je crois utile de vous faire observer qu'il y a plusieurs sortes de technique juridique. Il y a la technique du législateur et il y a la technique de ceux qui sont chargés de commenter

ou d'appliquer la loi, technique doctrinale et technique jurisprudentielle.

La technique législative consiste à choisir les procédés qui permettront à ceux qui font la loi d'atteindre tel but qui leur paraît désirable d'après la conception qu'ils se font de la mission du Droit.

Prenons un exemple des plus simples.

Les facultés de l'homme ne se développant que progressivement, il est naturel que l'on tienne compte de son âge pour mesurer sa capacité juridique. Telle est l'idée générale.

Voici maintenant sa mise en œuvre par la technique législative. Il faut d'abord fixer l'âge à partir duquel on estimera que la capacité doit être pleine et entière. Cette fixation de l'âge de la majorité en considération des traditions, de la race, des mœurs familiales, c'est déjà de la technique. C'est un chiffre à essayer et qui peut être sujet à revision comme il est arrivé chez nous pour la majorité matrimoniale.

Et maintenant, avant que l'homme ait atteint cet âge, quel parti prendre ? Le mineur

sera-t-il complètement incapable et attribuera-t-on à des majeurs capables le droit de faire les actes juridiques nécessaires ou simplement utiles à l'administration de son patrimoine ? ou bien tout en laissant le mineur agir lui-même se contentera-t-on de lui imposer l'assistance de ces majeurs capables toutes les fois qu'il faudra faire un de ces actes ? *Negotiorum gestio* ou *auctoritatis interpositio* ? Le droit romain a employé cumulativement les deux procédés. Notre code civil n'admet en principe que le premier. Affaire de technique.

Technique également l'organisation de la tutelle avec son intensité de protection variable avec l'importance présumée des actes. Technique, l'institution de l'émancipation pour les cas exceptionnels où la majorité ordinaire semble trop tardive.

Les exemples sont innombrables et je renonce à en donner d'autres, car à vrai dire la tâche du législateur est surtout de faire œuvre de technique. Il est rare qu'une loi commence par affirmer des principes. Faut-il rappeler que notre projet de code civil contenait un

chapitre préliminaire qui était un chapitre de principes supprimé au cours des travaux préparatoires ? La plupart du temps le travail législatif ne consiste qu'à rechercher et règlementer les moyens de mettre en œuvre telle conception sociale, qui trouvera peut être sa place dans l'exposé des motifs, mais dont les articles de la loi ne reproduiront pas la formule : ils en organiseront seulement la « praticabilité » pour employer l'heureuse expression dont se sert Ihering pour préciser le but de la technique.

Pour aboutir à cette praticabilité, il arrivera parfois que le législateur fasse usage de certains artifices, telle qu'une fiction ou une présomption. Les exemples en sont trop connus pour qu'il soit utile d'en citer. Je ne voudrais pourtant point passer sous silence le plus usuel assurément de tous ces artifices qui consiste à présumer ou plutôt à feindre que tout le monde connaît la loi, de façon que personne ne puisse exciper de son ignorance pour se soustraire à son application.

Sur cette technique législative vont prendre

appui la technique doctrinale et la technique jurisprudentielle.

L'une aura comme but principal, mais non pas exclusif, de systématiser l'œuvre du législateur, de dégager des affinités fécondes entre des réglementations légales différentes par leur date et par leur objet, de créer des classifications ou des catégories juridiques.

L'autre aura comme but principal, mais non pas exclusif, de compléter l'œuvre du législateur qui n'a pas tout prévu alors que cependant, sauf en matière répressive, il faut pouvoir tout juger. C'est ainsi qu'on appliquera extensivement les textes par analogie, que l'on usera de fictions ou de présomptions, telles que le mandat tacite de la femme mariée pour les dépenses du ménage, que, pour assurer, dans une société où la solidarité s'intensifie sans cesse, la réparation d'un plus grand nombre de dommages on élargira la notion de risque, afin de substituer la responsabilité du fait à la responsabilité de la faute.

Tant que l'idée de finalité, c'est-à-dire la pensée du but à atteindre, ne cesse d'inspirer

ce travail de technique législative, jurisprudentielle ou doctrinale, le reproche de conceptualisme porterait à faux contre lui. Peut-on par exemple faire grief au législateur d'avoir fait passer dans notre code la fiction du partage déclaratif, afin de faciliter le règlement des successions et d'éviter les actions récursoires ? N'a-t-il pas en ce faisant satisfait aux exigences de la vie ? Ne s'est-il point placé en face des réalités ?

De même pour les constructions jurisprudentielles auxquelles je viens de faire allusion. Ne se sont-elles pas élevées elles aussi sous la poussée des nécessités pratiques ?

Mais il arrive parfois que le travail de la technique s'isole de la vie et ne prend plus appui sur le réel. A de certains moments, le raisonnement juridique s'appliquant à des éléments techniques se développe abstraitement dans une atmosphère de pure logique fermée à toute pensée de finalité ; le raisonnement sur les signes se substitue au raisonnement sur les choses signifiées, les éléments techniques sont alors utilisés et combinés comme des notations algébriques.

C'est à ces moments-là que le danger du conceptualisme entendu dans son sens péjoratif menace les techniciens, s'ils ne ramènent pas à temps les yeux sur le but à poursuivre qui est la seule raison d'être des constructions juridiques.

Là encore les exemples ne manquent pas. Citons au hasard toutes les combinaisons proposées pour régler le concours des créanciers saisissants avec le cessionnaire de la créance saisie ; ou encore, en droit pénal, le concours des circonstances atténuantes avec la circonstance aggravante de la récidive. Il suffit de les évoquer pour donner l'idée des absurdités auxquelles peut conduire l'automatisme impitoyable de la logique utilisant des éléments techniques.

La plupart du temps les techniciens sont mis en garde contre les abus de cet automatisme par les résistances pratiques qui ne tardent pas à les avertir qu'ils font fausse route; mais il n'en va pas toujours ainsi et je n'en veux d'autre preuve que la singulière fortune de la notion de personnalité morale, c'est-à-dire de la per-

sonnalité juridique attribuée à d'autres réalités que l'être humain. La formule même que j'emploie vous montre que je me refuse à faire entre la personnalité morale et la personnalité juridique la distinction préconisée par Hauriou.

La notion de personnalité morale à laquelle sera consacrée la deuxième partie de mon exposé est, à mon sens, le véritable terrain de conflit entre le conceptualisme et le réalisme juridiques. Je vous l'ai fait entrevoir en commençant et je puis ajouter maintenant, après les considérations qui précèdent, que si Duguit n'avait pas compliqué ce conflit par son étrange et inutile agression contre la notion de droit subjectif, il devrait avoir le dernier mot. Soyez sûrs que tôt ou tard on lui sera reconnaissant du puissant effort qu'il a fait pour débarrasser notre technique juridique de la conception de la personnalité morale.

Je ne me dissimule pas que cette question fera encore couler beaucoup d'encre, car les mauvaises habitudes ne sont pas celles auxquelles on renonce le plus facilement.

Il n'est pas douteux que ce concept d'une

personnalité attribuée à des collectivités, comme les associations, ou à des organismes, comme les fondations, est né du besoin que l'on a ressenti, lorsque le profit d'un droit s'éparpillait sur un grand nombre ou sur un nombre indéterminable de bénéficiaires, de réunir en faisceau tous ces profits individuels et de leur constituer un titulaire unique. Je ne crois pas que, pour expliquer ce besoin, il faille, comme Duguit, faire appel à une mentalité théologique survivante chez les juristes et qui les conduirait « à placer derrière toute activité socialement protégée des substances métaphysiques pour expliquer cette protection » (*Droit const.*, I, p. 178). Il est plus naturel de penser que l'on a été amené d'abord par la commodité du langage à désigner d'un seul mot cette masse d'intérêts représentés par l'association ou la fondation, puis, non moins naturellement, qu'on s'est demandé si derrière ce mot il n'y aurait pas une réalité susceptible d'être personnifiée.

A cette question les uns ont répondu : non ; mais nous allons faire comme si cette réalité personnifiable existait.

Que ce soit le législateur ou l'interprète de la loi qui ait adopté ce parti, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une fiction légale ou doctrinale, nous sommes là en présence d'une création technique qui ne prend pas appui dans la réalité. Dès lors qu'on feint qu'une personnalité existe, c'est qu'on sait pertinemment qu'elle n'existe pas. C'est du conceptualisme.

D'autres ont répondu oui, et sans doute me saurez-vous gré de vous présenter une vue synthétique des tentatives faites pour démontrer la réalité de la personne morale et échapper ainsi au grief de conceptualisme.

Les uns ont eu recours à la conception organiciste des sociétés auxquelles ils sont même arrivés à reconnaître un sexe. Les autres ont affirmé — je dis affirmé car ils n'ont jamais pu le démontrer — l'existence d'une âme collective ou d'une volonté collective distincte des âmes ou des volontés individuelles groupées par l'association ou bénéficiaires de son activité. La plus originale et la plus récente présentation de cette conception a été faite par Hauriou,

d'après qui « le drame de la personnification est en deux actes. Premier acte : constitution d'une individualité objective (armature de l'association ou de la fondation), d'un automate social qui a des organes et un aménagement interne équilibré, mais à qui manque encore la flamme subjective, parce que historiquement c'est le corps qui va devant. Deuxième acte : préparation et apparition de la substance subjective » (*Principes de Droit public*, 2e éd., 1916, p. 41 et s.).

Qu'est-ce que cette flamme subjective ? C'est « l'idée de l'œuvre sociale en tant qu'elle aspire à se réaliser dans la volonté commune des membres du groupe à la fois comme un sujet moral et comme une capacité d'acquérir des biens » (*Eod. loc.*, p. 107, note 1).

Et cette flamme qui l'allumera ? A quel moment, en d'autres termes, le rideau se lèvera-t-il sur le deuxième acte ? C'est lorsque apparaîtra « le phénomène moral de la responsabilité des organes envers les membres du groupe » (*Principes de Droit constitutionnel*, 1923, p. 716, 2e appendice). La personnalité

morale s'épanouit à mesure que s'intensifie le sentiment de cette responsabilité.

« De pareilles conceptions, dit Duguit, ne se discutent pas. Ce sont des vues de l'esprit et pas autre chose. » (*Droit const.*, I, p. 353). Je reconnais que la condamnation est sommaire, mais je n'hésite pas à l'approuver. Je suis de ceux qui pensent que ces mots : volonté collective, conscience sociale ne sont que des métaphores, imprudentes d'ailleurs, auxquelles les juristes n'auraient jamais dû faire accueil. Il m'est impossible de me représenter une volonté ou une conscience à l'état d'isolement qui ne soit pas associée à une intelligence, qui ne puisse être attribuée à aucune substance observable. C'est une pure monstruosité.

Tout fait collectif ou social est essentiellement réductible à des faits individuels et ne constitue pas en dehors d'eux une entité distincte. Qu'il y ait dans l'âme, dans la volonté, dans la conscience des individus vivant en société, groupés dans une action commune ou tout simplement formant une foule, une série d'actions et de réactions, qui font que ces

individus ne pensent plus, ne veulent plus, n'agissent plus, comme ils penseraient, voudraient ou agiraient s'ils étaient seuls, cela est hors de discussion.Que l'on étudie si l'on veut, sous le nom de psychisme ou de psychologie sociale, la complexité de ces réactions ou de ces interférences, soit ! mais que l'on ne succombe pas à la tentation d'attribuer ce psychisme social à je ne sais quelle âme collective. Le psychisme social n'est fait que des modalités des psychismes individuels mis en contact les uns avec les autres. Seules, ces modalités constituent des réalités observables. Derrière les métaphores de la volonté collective et de la conscience sociale, il n'y a, il n'y aura jamais que ces réalités-là.

Cette argumentation porte contre toutes les doctrines qui admettent sous une forme quelconque la réalité des personnes morales, aussi bien contre les constructions ingénieuses de M. Hauriou que contre les formules nuageuses ou trop simplistes de certains juristes allemands. J'ajoute toutefois, en ce qui concerne les vues d'Hauriou, qu'il m'est difficile de comprendre

comment un sentiment de responsabilité peut précéder et provoquer la naissance d'une personnalité, qui normalement devrait exister avant ce sentiment pour en prendre conscience et en être le foyer. Un système qui aboutit à faire sortir la substance de l'accident est sans appui dans le réel. C'est une pure vision de l'imagination.

Mais la réalité des personnes morales a trouvé d'autres défenseurs qui ont transporté la question sur un terrain tout à fait différent. Pourquoi s'acharner, ont-ils dit, à la poursuite d'une insaisissable conscience ou volonté collective ? Le point de départ est mauvais. On a placé la volonté à la base du droit subjectif, et alors il a bien fallu envers et contre tous que l'on attribuât une volonté à la personne morale titulaire de droits subjectifs. Mais si,au lieu de mettre la volonté à la base du droit subjectif, nous mettons l'intérêt protégé et défendu par cette volonté, toute difficulté disparaît. La personnalité n'est plus l'aptitude à vouloir, mais l'aptitude à profiter. Un groupement, une association peuvent devenir per-

sonne morale, du moment qu'il existe des intérêts du groupement ou de l'association juridiquement protégés.

Telle est la conception de la personnalité morale d'après Léon Michoud. Vous voyez qu'elle nous amène à prendre parti sur le fondement du droit subjectif. Aussi est-ce avec raison que l'on considère la question de la personnalité morale comme dominant toute la philosophie du Droit.

Je ne crois pas que ce changement de terrain profite à la cause de la réalité des personnes morales. La théorie de Michoud repose en effet sur deux postulats, tous les deux discutables.

Le premier, c'est qu'il existe des intérêts de groupement qui ne soient pas réductibles à des intérêts individuels. L'intérêt d'une association, l'intérêt d'une fondation ne sont jamais que des faisceaux d'intérêts individuels. Entendez bien que ces intérêts individuels ne sont pas toujours, loin de là, des intérêts d'individus vivants, déterminables. Ce peut être des intérêts d'individus qui ne sont pas membres du

groupement, d'individus qui ne sont même pas encore nés.

Mais toujours des intérêts individuels.

Ce qu'on appellera les intérêts généraux, collectifs, corporatifs, ce sera en somme les intérêts individuels du plus grand nombre, parfois opposés à ceux d'une minorité, qualifiés d'intérêts particuliers.

Le deuxième postulat concerne le fondement du droit subjectif. Il a soulevé trop de contradictions soit en France, soit à l'étranger, pour qu'il soit utile de le réfuter longuement. Je n'invoquerai qu'un seul argument tiré du langage courant, le seul langage qu'en principe doivent parler les juristes. Quelle est l'idée qui s'associe la première à la notion de droit individuel ?

Est-ce celle d'intérêt ou de pouvoir de volonté ? Quand nous entendons ces simples mots : J'ai le droit de... sans plus, la phrase étant supposée interrompue, est-ce l'idée d'un intérêt qui nous vient à l'esprit.

Assurément non.

J'ai le droit de ... signifie avant tout pour

nous : J'ai un pouvoir de vouloir,j'ai la faculté, par une manifestation de volonté, de déclencher la contrainte sociale .

C'est ensuite que viendra la question : Pourquoi ? Dans quel but ? C'est alors seulement, donc au second rang, qu'il sera question de l'intérêt.

On ne saurait reconnaître aux juristes la faculté de modifier la signification ordinaire des mots pour la mettre en concordance avec leurs théories.

Concluons donc que si le droit subjectif est essentiellement un pouvoir de contrainte mis au service d'une volonté, il ne peut être que l'attribut d'un être humain, seul être doué d'intelligence et de volonté parmi les réalités observables. Donc l'homme seul peut être investi de la personnalité juridique, c'est-à-dire de l'aptitude à exercer ce droit.

Je suis un négateur résolu de la réalité des personnes morales.

Mais entendez-moi bien.

Je ne veux pas dire par là que la personnalité morale ait été échafaudée sur le néant.

Loin de là ! Ces associations, ces fondations, en un mot tous ces organismes que l'on a cru devoir investir de la personnalité morale sont bel et bien des réalités juridiques prenant appui sur des réalités observables. Voilà un ensemble de biens affectés à un but, voilà des activités tendant d'un effort commun à la poursuite de ce but, entre ces activités une hiérarchie, une division du travail, en somme tout un mécanisme réglementé dans son fonctionnement et construit en vue d'une destination.

Tout cela encore une fois, c'est une réalité. Mais je nie que cette réalité soit une personne. Pour emprunter la terminologie d'Hauriou, j'admets « l'individualité objective » de ces organismes, elle fait partie des réalités observables, mais le passage de cette individualité objective à la « personnalité subjective » nous entraîne en plein conceptualisme au mauvais sens du mot.

Je reste convaincu que la personnalité ne peut être attribuée à ces organismes qu'au moyen d'une fiction. La vieille théorie de la

personnalité fiction est la seule soutenable, à ce point de vue tout au moins, car reste à savoir si cette fiction est utile.

Je ne le crois pas.

Or quand une fiction est inutile elle est dangereuse.

Je n'entends pas vous présenter ici une critique de la Personnalité-fiction. Cette critique n'est plus à faire. Vous la trouverez sage et mesurée dans le grand ouvrage de Léon Michoud. Vous la trouverez alerte et humoristique dans le livre que Vareilles-Sommières a consacré aux personnes morales. Je n'insisterai donc pas sur le danger qu'il y a à livrer à l'arbitraire de l'Etat l'existence des personnes morales, suivant qu'il consentira ou non à feindre qu'elles existent ; je ne signalerai pas une fois de plus l'inconséquence qu'il y a à mettre à part la personnalité de l'Etat, seule personnalité morale qui doive exister par elle-même et sans fiction, puisque l'Etat ne peut se donner par fiction l'existence avant même d'exister.

Je me contenterai d'appeler votre attention

sur ce qui est à mon sens le plus grave inconvénient de toute fiction et surtout des fictions inutiles.

Feindre quelque chose qui n'existe pas, c'est s'engager dans une voie, où l'on risque de ne pouvoir s'arrêter à temps Si la fiction est vraiment utile, vraiment imposée par des nécessités pratiques, peut-être sera-t-il moins difficile de la contenir dans les limites de ces nécessités.

Si elle n'est pas utile, à quel moment freinera-t-on pour ne pas glisser plus avant dans le domaine de l'illusion.

Le grand danger de la fiction c'est que tôt ou tard on tend à la transformer en réalité. La théorie de la Personnalité-fiction a préparé les esprits aux théories de la réalité des personnes morales. En nous, survit toujours la tendance des hommes primitifs à déifier les forces de la nature ; elle nous pousse aujourd'hui à personnifier les forces collectives qui dépassent dans le temps et dans l'espace les limites assignées à notre petite activité individuelle. Par le fait qu'elles nous dépassent, notre

premier mouvement est de les attribuer à une personnalité de plus vaste envergure que la nôtre. Cette personnalité suivant les cas nous l'appelons la Nation, l'Etat, l'Administra
la Compagnie et de bien d'autres noms encore ; mais il semble que nous soyons enclins à lui reconnaître des droits d'autant plus étendus qu'elle est plus loin de nous, plus indéfinissable, moins intelligible. Ainsi a pris corps le mythe de la souveraineté nationale, aujourd'hui fort discrédité dans le monde des juristes, mais toujours en faveurdans la masse. Que de gens parlent de la souveraineté nationale et ignorent ce qu'est la nation en dehors des individus qui la composent ! Qu'est-ce que la nation, sinon un ensemble d'éléments conceptuels difficiles à définir comme le savent ceux d'entre vous qui ont étudié le droit public. Dès lors la nation n'a ni intelligence ni volonté qui lui soient propres, et cependant c'est à cet ensemble imprécis que l'on attribue le droit suprême, la souveraineté ! D'où comme conséquence la dictature des majorités et l'asservissement au nombre par le jeu du

suffrage universel, où est censée s'exprimer la volonté de la nation souveraine. Une fois la chaîne des déductions logiques accrochée à la fiction, tout est à craindre.

Pense-t-on se tirer d'affaire en personnifiant la Nation dans l'Etat, c'est-à-dire dans une autre personne morale ? Il faudrait alors nous ramener au temps où le roi pouvait dire : l'Etat c'est moi : l'Etat étant un homme pouvait être sujet de droit. Attribuer la souveraineté à l'Etat après l'avoir réduit à n'être plus qu'une personne morale, c'est faire accueil à une conception du même ordre que la souveraineté nationale et qui ne lui est pas supérieure. Elle n'est pas appelée à lui survivre. Que de divergences entre les juristes les plus estimés au sujet de cette personnalité morale de l'Etat, les uns admettant une personnalité unique, d'autres dédoublant cette personnalité, d'autres enfin rejetant la personnalité de puissance pour n'admettre que la personnalité patrimoniale et encore pour des raisons de commodité pratique. Est-il une meilleure preuve que cette notion est encombrante et qu'on cherche à

s'en débarrasser ? Faut-il donc tant d'efforts pour découvrir qu'il n'y a pas d'Etat en dehors de la personne des gouvernants et que le régime d'Etat est constitué par la simple différenciation des gouvernants et des gouvernés ?

Il faut avoir la sincérité de le reconnaître, la personnalité morale est une étape dans la voie de l'anthropomorphisme. Comment qualifier autrement les tentatives qui ont été faites, il n'y a pas encore bien longtemps, pour démontrer que les personnes morales peuvent encourir une véritable responsabilité pénale ? Il n'est pas à ma connaissance que ceux qui ont risqué ces tentatives aient entendu bouleverser les principes du droit criminel,en instituant une répression pénale là où il n'y a ni intelligence ni volonté. Si donc ils conservent à la responsabilité pénale ses éléments traditionnels, c'est qu'ils attribuent aux personnes morales punissables une intelligence et une volonté. Ou l'anthropomorphisme, ou le droit pénal culbuté sens dessus-dessous, il n'y a pas de milieu. Et tout cela soit dit en passant pour introduire dans nos institutions répressives

quelques modalités nouvelles qui pourraient y prendre place sans emprunter ce détour.

Jusqu'à présent, j'ai surtout insisté sur les dangers de la conception de la personnalité morale soit comme fiction, soit comme prétendue réalité ; il est temps d'en démontrer l'inutilité, non pas peut-être dans l'état actuel de notre technique juridique, mais dans une technique améliorée et enrichie d'éléments nouveaux.

Quand je réfléchis aux considérations d'ordre exclusivement juridique, qui ont fait accueillir la notion de personnalité morale, j'en découvre deux principales :

1° Le succès de cette conception s'explique d'abord par l'idée préconçue qu'il ne peut exister juridiquement de biens sans maîtres. Les biens affectés à une fondation les biens groupés dans une association ont cessé d'être la propriété des fondateurs ou des associés. Il a paru impossible qu'ils n'appartinssent à personne. Il a fallu à toute force qu'on leur découvrît un propriétaire qui a été l'association ou la fondation personnifiée. A défaut d'associa-

tion ou de fondation, les biens vacants et sans maîtres ont été attribués à l'Etat, c'est-à-dire encore à une personne morale. Depuis longtemps la pensée juridique est dominée en France par ce préjugé que l'on a accepté sans le discuter.

Et cependant la conception de biens sans maîtres mais affectés à une destination précise n'a rien qui répugne à la raison. Lorsqu'en 1908, Saleilles faisant son cours de doctorat sur la personnalité juridique attirait l'attention des ses auditeurs sur la théorie de Brinz, théorie des « zweckvermogen » ou du patrimoine d'affectation, il exprimait le regret qu'après avoir provoqué un enthousiasme passager, elle fût tombée dans un discrédit immérité. Il ne s'y ralliait pas, mais loin de lui faire grief d'être irrationnelle, il la présentait comme une étape importante dans le progrès des idées juridiques.

Je vais plus loin que lui et j'estime que cette conception de biens non appropriés, mais affectés à une destination, prend appui sur un réalité observable. Elle nous est suggérée par la pratique et l'on peut s'étonner que notre

technique juridique, au lieu de lui faire sa place ait usé si longtemps d'un artifice pour arriver au résultat, qu'elle permet d'atteindre directement. L'exemple suivant va vous en convaincre.

Voici un comité qui se forme dans une ville pour élever un monument aux morts de la Grande Guerre. Ce comité n'a pas la personnalité morale, mais il a un trésorier qui reçoit des souscriptions. L'argent versé a bien cessé d'être la propriété des souscripteurs, mais il n'est pas devenu la propriété du comité qui ne peut être sujet de droit. On ne peut soutenir non plus que le trésorier en ait acquis la propriété : enfin il serait inadmissible d'attribuer ces souscriptions à l'Etat.

Voilà donc des fonds qui, dans notre technique actuelle, n'ont pas de condition juridique. Ils en ont une au contraire, si nous accueillons la conception du patrimoine d'affectation. Décidons-nous donc à admettre que, juridiquement, il y a une condition intermédiaire entre celle des biens sans maître et celle des biens appropriés, c'est celle des biens affectés à un but et

dont il ne peut être disposé que pour atteindre ce but.

Ainsi disparaîtra une des raisons d'être de la personnalité morale. Inutile de se mettre en quête d'une entité collective que l'on personnifiera pour lui attribuer la propriété des fondations ou des biens associationnels. Il y a désormais une catégorie juridique dans laquelle ces biens pourront être classés sans avoir besoin d'être appropriés : c'est celle des patrimoines d'affectation.

Voilà donc une lacune à combler, voici maintenant une erreur à rectifier.

2° La seconde raison (toujours d'ordre exclusivement juridique) qui a fait la fortune de la notion de personnalité morale, c'est que jusqu'à présent on s'est obstiné à considérer comme sujet du droit subjectif celui qui tirait intérêt et profit de ce droit et non pas celui qui pouvait mettre ce droit en mouvement, autrement dit l'exercer. Dès lors, quand le profit d'un droit se répartit sur une masse indéterminable d'individus, on a eu l'idée de personnifier cette masse, chose curieuse au moment même où

elle devenait plus imprécise, plus indéfinissable, afin de pouvoir accrocher à cette personne l'élément intérêt que l'on considérait comme l'élément primordial du droit subjectif.

Voilà encore une utilisation de la personnalité morale qui prendrait fin le jour où l'on s'accorderait pour considérer comme titulaire du droit subjectif celui dont la volonté peut en déclencher l'exercice.

Faut-il pour mieux me faire comprendre vous rappeler que, dans tout droit subjectif, on distingue deux éléments et cela en vertu même de la définition communément reçue : le droit est un pouvoir de contrainte mis au service d'une volonté pour la défense d'un intérêt que l'on estime devoir être juridiquement protégé.

L'élément volonté et l'élément intérêt sont souvent réunis sur la même tête.

Parfois ils sont dissociés, c'est le cas de l'incapable et de son représentant légal.

Parfois enfin l'éparpillement de l'intérêt est tel que les bénéficiaires deviennent indéterminables. Prenons pour exemple le Club

alpin, le Touring-Club ou encore une association formée pour l'entretien des tombes militaires, comme le Souvenir français. C'est alors, je viens de le dire, que la notion de personnalité morale apparaît indispensable pour grouper tous ces intéressés dans une sorte de notation algébrique qui comporte un nombre incalculable d'inconnues.

Quelle simplification si l'on renonçait à considérer comme titulaire du droit le bénéficiaire du profit pour attribuer cette qualité à celui qui a le pouvoir de déclencher la contrainte sociale.

Serait-ce là quelque chose de nouveau ?

Assurément non et il m'est facile de vous le démontrer à l'aide des considérations suivantes.

Première considération. Quelle est l'objection décisive contre la théorie de Léon Michoud ? C'est, comme le lui a reproché Ferrara, qu'après avoir présenté le droit subjectif comme la synthèse de deux éléments essentiels, l'intérêt et la volonté, il a admis que la volonté pouvait résider dans un autre que le titulaire du droit. Si cette critique est fondée et si, comme je

crois vous l'avoir prouvé au début de cette conférence, le droit subjectif est avant tout un pouvoir de vouloir, n'est-on pas naturellement conduit à regarder comme seul titulaire du droit le représentant de l'élément volonté, toutes les fois que ces deux éléments sont dissociés.

Deuxième considération. Elle m'est suggérée par la langue juridique courante. Ne dit-on pas tous les jours : le droit d'action du ministère public, alors qu'il est certain que l'officier du ministère public ne représente que l'élément volonté, l'élément intérêt étant éparpillé sur nous tous, membres de la société qu'il est chargé de défendre? Ne parle-t-on pas des droits du tuteur, alors que l'intérêt engagé dans l'exercice de ses droits ne repose pas sur sa tête (1)?

Troisième considération. L'évolution jurisprudentielle et l'évolution législative qui se sont produites dans le domaine des actions

1. Comme on peut le voir, je me refuse à mettre en opposition le droit subjectif et la fonction. Cette opposition n'a plus de raison d'être, du moment que je ne donne plus, comme fondement au droit subjectif, l'élément profit, mais l'élément volonté.

syndicales nous acheminent à attribuer la qualité de titulaire du Droit à celui qui détient l'élément volonté. Il est même piquant d'observer que cette évolution s'est opérée au profit de personnes morales auxquelles, par anthropomorphisme, on a reconnu une volonté qui, en réalité, était la volonté des administrateurs de ces personnes morales.

En 1913, un arrêt rendu toutes chambres réunies a déclaré les syndicats recevables à se porter partie civile, alors que l'infraction poursuivie, sans entraîner aucun préjudice particulier pour le syndicat, avait simplement porté atteinte aux intérêts de la profession en général (1).

En 1915, la loi du 10 juillet décide qu'en cas de contravention aux dispositions protectrices du salaire minimum des ouvrières à domicile dans l'industrie du vêtement, le syndicat pourra agir sans avoir à justifier d'un préjudice qui lui soit propre (art.33-*k* Code Trav.LI).

En 1920, la loi du 12 mars consacre cette solution et l'étend à toutes les actions syndi-

1. Cass. Ch. réunies 5 avril 1913, D.P. 1914.1.65.

cales exercées dans un but de défense professionnelle.

Voilà donc le droit nettement fondé sur l'élément volonté au service d'une fonction. Et comme en fait cette volonté ne pouvait être celle du syndicat personne morale, mais bien celle du membre ou des membres de ce syndicat, investis par les statuts de l'administration du syndicat et de la direction de son activité, n'est-on pas conduit à conclure que la qualité de titulaires du droit est attribuée par la loi et la jurisprudence à ceux qui peuvent, par un acte de volonté, mettre en mouvement la contrainte légale, alors même qu'ils ne sont pas personnellement bénéficiaires du droit exercé?

Ce que je propose c'est de mettre fin à l'incohérence actuelle de notre technique, d'après laquelle le titulaire ou sujet du droit est tantôt celui qui l'exerce et tantôt celui qui en bénéficie. Adoptons une fois pour toutes la primauté de l'élément volonté.

Ainsi nous affranchirons-nous de la notion de la personnalité morale désormais sans objet,

puisque nous n'aurons plus besoin des personnes morales, soit pour leur attribuer la propriété des patrimoines d'affectation qui se passent de propriétaire, soit pour représenter les bénéficiaires indéterminés d'un droit subjectif. Les deux concepts que je viens d'exposer permettront de substituer à la personnalité morale une construction juridique prenant vraiment appui dans le réel et se rapprochant du *trust* du droit anglais, sans cependant se confondre avec lui.

Cette transformation de notre technique marquerait une grande victoire du réalisme juridique.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	1
PREMIÈRE CONFÉRENCE. — Le mirage du droit naturel	5
DEUXIÈME CONFÉRENCE. — Les postulats métaphysiques du positivisme juridique	45
TROISIÈME CONFÉRENCE. — Réalisme et conceptualisme juridiques	83
Critique du concept de la personnalité morale.	101

8252. — Imp. Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 7-1928

